

الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي هَدانا لِهَذَا وَمَا كُنَّا لِنَهْتَدِيَ لَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْنَا وَرَحْمَتُهُ إِنَّ اللَّهَ لَشَدِيدُ الْعِقَابِ

الْمَدْخَلُ
لِلدِّرَاسَةِ الشَّرْعِيَّةِ وَحَلِّهِ
فِي سَمَطٍ جَدِيدٍ

الدُّكْتُورُ
مُصْطَفَى الزَّيْنِ
الْمُسْتَاذُ الْمُتَمَرِّسُ فِي الشَّرْعِيَّةِ وَالْقَانُونِ

الطبعة الاولى ٢٠١٤

المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلي

الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

طبعت على نفقة
السيد رئيس وزراء حكومة اقليم كردستان العراق
الاستاذ نيجيرفان البارزاني المحترم

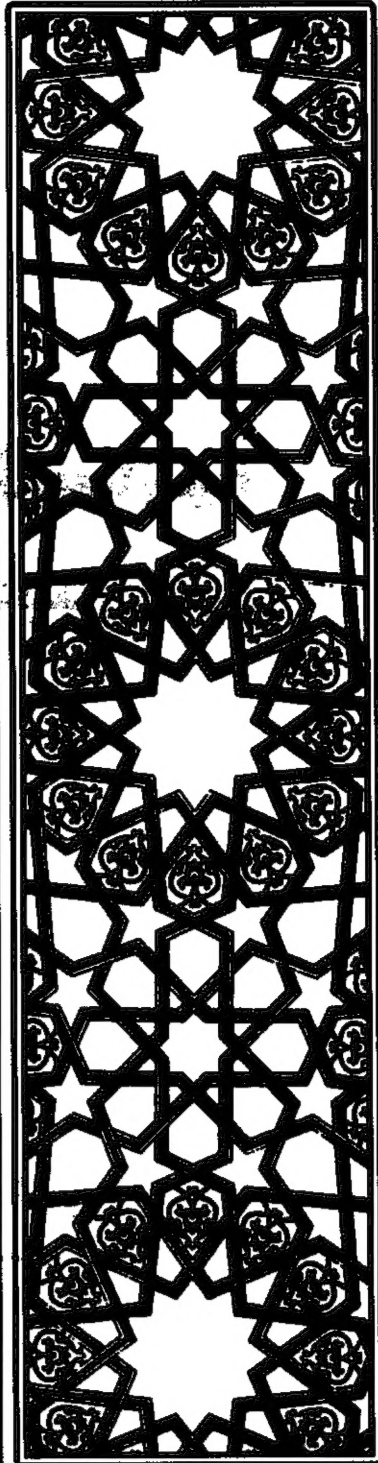
المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديق كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي

رقم الإيداع : ١٢٠ - ٢٠١٠
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-600-349-023-9
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-600-349-006-2

الموقع: <http://zalmi.org/arabic>
الايمل: dr.alzalmi@gmail.com
فيسبوك: [facebook.com/dr.alzalmi](https://www.facebook.com/dr.alzalmi)

يمنع طبع أو اخراج هذا الكتاب أو أي جزء منه بأي شكل من اشكال الطباعة أو
النسخ أو التصوير أو الترجمة الي أي لغة، الا بأذن خطي من المؤلف



﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ
طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ
وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا
إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾

سورة التوبة / ١٢٢

(مَنْ يُرِذِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ
فِي الدِّينِ)

رواه البخاري

الفهرس

١٠	المقدمة
	الفصل الأول
١٣	الشريعة
١٦	المبحث الأول: القرآن الكريم
١٦	المطلب الأول: التعريف بالقرآن الكريم
٢٢	المطلب الثاني: الفقه الإسلامي وصلته بالشريعة
٢٥	المطلب الثالث: القانون وصلته بالشريعة والفقه الإسلامي
٣٠	المبحث الثاني: السنة النبوية
٣٠	المطلب الأول: التعريف بالسنة النبوية
٣٨	المطلب الثاني: وظائف السنة النبوية
	الفصل الثاني
٤٥	الحكم الشرعي
٤٨	المبحث الأول: الحكم الشرعي التكليفي
٥١	المبحث الثاني: الحكم الشرعي الوضعي
	الفصل الثالث
٥٥	المصادر الكاشفة للاحكام الشرعية
٥٦	المبحث الأول: المصادر الكاشفة النقلية
٦٢	المبحث الثاني: المصادر الكاشفة العقلية
	الفصل الرابع
٧٣	الفقه. الفقهاء. الاجتهاد. التقليد
٧٥	المبحث الأول: الفقه نشأته وتطوره
٧٩	المبحث الثاني: أئمة المذاهب الفقهية المدونة
٨٣	المبحث الثالث: الاجتهاد والتقليد

الفصل الخامس

٨٩..... فلسفة العبادات في الإسلام

٩١..... المبحث الأول: فلسفة العبادات البدنية المحضة

٩٦..... المبحث الثاني: فلسفة العبادات المالية المحضة (الزكاة)

١٠١..... المبحث الثالث: فلسفة العبادات المختلطة (الحج)

الفصل السادس

١٠٥..... المعاملات المالية

١٠٧..... المبحث الأول: المال وأنواعه

١١٣..... المبحث الثاني: العقد عناصره وأنواعه

١١٤..... المطلب الأول: عناصر العقد

١١٧..... المطلب الثاني: أنواع العقد

١٢٢..... المبحث الثالث: آثار العقد

١٢٢..... المطلب الأول: التعريف بالحق المالي

١٢٤..... المطلب الثاني: الالتزام المالي

١٣٢..... المبحث الرابع: أهلية الالتزام وعوارضها

١٣٢..... المطلب الأول: التعريف بالأهلية

١٣٥..... المطلب الثاني: عوارض الأهلية

الفصل السابع

١٣٩..... شؤون الأسرة (الأحوال الشخصية)

١٤٠..... المبحث الأول: الزواج وما يتعلق به

١٤٥..... المبحث الثاني: الطلاق وما يتعلق به

الفصل الثامن

١٤٩..... الجرائم والعقوبات

١٥١..... المبحث الأول: جرائم الحدود

١٥٦..... المبحث الثاني: جرائم القصاص والدية

١٥٩..... المبحث الثالث: جرائم التعازير

الفصل التاسع

١٦١..... العلاقات التي تخضع للقانون العام

١٦٣.....	المبحث الأول: أسس العلاقات الدولية
١٦٦.....	المبحث الثاني: أحكام العلاقات الدولية
١٧٢.....	المبحث الثالث: الأحكام الدستورية
١٧٧.....	المبحث الرابع: الأحكام الإدارية
	الفصل العاشر
١٨٥.....	القضاء ووسائل الإثبات
١٨٧.....	المبحث الأول: القضاء
١٩١.....	المبحث الثاني: وسائل الإثبات
	الفصل الحادي عشر
١٩٩.....	شرح نماذج من القواعد الفقهية الكلية

المقدمة

أ- الأسباب الموجبة لتقديم هذا المجهود المتواضع لطلبتنا الأعضاء في كليات القانون وكليات الشريعة، هي الآتية:-

١. عدم وجود مصنف في هذه المادة يتسم بالشمولية لأبواب الفقه الإسلامي بحيث يكون واضحا وافيا بالمطلوب بعيدا عن التطويل المملّ والايجاز المخلّ.
٢. تغيير النمط التقليدي في النقل والعرض والأمثلة البالية التي لم تبق لها الفائدة العملية في القرن الحادي والعشرين في عصر الكمبيوتر والانترنت والتقدم العلمي والتطور في جميع مجالات الحياة.
٣. تضيق شقة الخلاف بين الشريعة التي كانت القانون الوحيد للعالم الإسلامي في وقت كان كثير من الشعوب يحكمها قانون الغاب وبين القانون الذي حل محلها بسبب جمود عقول المسلمين وتوقف الاجتهاد.
٤. تفهيم طلبة القانون بأن الشريعة الإسلامية ليست مجرد طقوس وشعائر دينية بل هي دين ونظام وقانون، وإشعار طلبة الشريعة بأن القانون ليس عدواً للشريعة بل يتفق معها ١٠٠% في تنظيم الأسرة، و ٩٠% في المعاملات المالية و ٧٠% في مكافحة الاجرام تقريبا، والشريعة والقانون صنوان كل منهما يكمل الثاني ولم يفرّق بينهما سوى جهل الإنسان.
٥. استبعاد إثارة الخلافات التي كانت في وقتها رحمة ونعمة لهذه الأمة، لأنها إستهدفت الوصول الى ما فيه مصلحة الفرد والمجتمع لكن اليوم اصبحت وسيلة للتمزق وسلاحا يشهره المتعصبون في كل مذهب ضد نظيره في مذهب آخر، كأن كل واحد منهما من دين يختلف عن الآخر.
٦. التمييز بين الشريعة بمعناها الأخص والخاص والعام من الفقه الإسلامي من جهة، وبينها وبين القانون من جهة أخرى.

ب- تعريف المدخل:- المدخل مصدر دخل ضد خرج، أو اسم مكان بمعنى الممر للدخول في الدار. وسميت هذه المادة مدخلا لأنها عبارة عن حجم مصغر لأهم أحكام الشريعة ذات الصلة المباشرة بالأحكام القانونية من حيث تنظيم الحياة وعن طريقها يدخل القاريء في التفصيلات، فهو بمثابة خارطة يستهدي بها الطالب للوصول الى أهداف علمية معينة مجملتها تبني عليها الدراسة التفصيلية في المستقبل.

ج- ساهمت في معالجة هذا الموضوع تحت نفس العنوان في مؤلفين^(١) سابقين قبل زهاء ربع قرن غير أن العلاج جاء معيبا شأنه شأن أي مؤلف يشارك في إعدادة أكثر من واحد ومن تلك العيوب إهمال ما هو الأهم والاهتمام بغير المهم بالإضافة الى الخشوع والقصور في أكثر الموضوعات.

د- أحاول بتوفيق من الله عزوجل في هذا المؤلف الجديد أن أتناول دراسة الموضوع على نمط جديد يتلاءم مع المعرفة الحديثة المتطورة منسجما مع ما عاجلته القوانين الوضعية في العهد الحديث بقسميها العام والخاص بأسلوب متسلسل تسلسلا يجعل سابقه مقدمة لدراسة لاحقه، ولاحقه مكملًا لسابقه بعيدا عن الإيجاز المخل والتطويل الممل، مستعينا في القيام بهذا الجهد المتواضع بالله العلي العظيم القدير.

هـ - خطة دراسة الموضوع من الناحية الشكلية:- طبيعة الموضوع من حيث الشمولية لأهم موضوعات الشريعة الإسلامية تتطلب توزيع دراسته على أحد عشر فصلا كالاتي:-

الفصل الأول : الشريعة

الفصل الثاني : الحكم الشرعي

الفصل الثالث : المصادر الكاشفة للأحكام الشرعية.

الفصل الرابع : الفقه. الفقهاء. الاجتهاد. التقليد.

الفصل الخامس : فلسفة العبادات في الإسلام.

^(١) وجدير بالذكر ان جميع ما أنقله من المؤلفين السابقين لادخاله في هذا الكتاب الجديد هو من كتاباتي الخاصة وأستبعد نقل ماكتبته زملائي فيهما حفاظا على الامانة العلمية لانني لست ممن ينقل كلام الغير وينسبه الى نفسه.

الفصل السادس : المعاملات المالية.

الفصل السابع : شؤون الأسرة (الأحوال الشخصية).

الفصل الثامن : الجرائم والعقوبات.

الفصل التاسع : العلاقات التي تخضع للقانون العام.

الفصل العاشر : القضاء ووسائل الإثبات.

الفصل الحادي عشر : شرح النماذج.



الفصل الأول الشريعة

الشريعة:

لغة لها عدة معان، أقربها إلى المعنى الاصطلاحي: الطريقة المستقيمة.
وفي الاصطلاح تستعمل لثلاثة معان: المعنى الأخص، والمعنى الخاص، والمعنى العام.

أولاً: المعنى الأخص

استعمل القرآن هذا المصطلح بتعبير (شرعة) لما يقابل الدين في الشرائع الإلهية فقال: ﴿...لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شَرْعَةً وَمِنْهَا جَاءَ...﴾^(١).
وقال في مقابلها: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ...﴾^(٢).
وبناءً على ذلك فإن الشريعة في كل رسالة سماوية عبارة عن الأحكام الشرعية المنصوص عليها في هذه الرسالة وظيفتها تنظيم الحياة الدنيوية للإنسان. والدين عبارة عن الأحكام الشرعية التي تنظم كل ما يتعلق بحياة الآخرة من الإيمان بالله وما يتفرع عنه من المعتقدات والمغيبات، فالدين مشترك بين جميع الشرائع، والشريعة تختلف من أمة إلى أخرى، والقرآن هو الدستور المعدل لجميع الدساتير الإلهية السابقة، فما أقره فهو جزء من شريعتنا.

(١) سورة المائدة (٤٨).

(٢) سورة الشورى (١٣).

ثانياً: المعنى الخاص

فالشريعة بمعناها الخاص عبارة عن نصوص آيات القرآن الكريم والسنة النبوية التي تتضمن كافة أقسام الأحكام الشرعية، كما ان القانون يطلق على النصوص المدونة في كل فرع من فروعها.

ثالثاً: الشريعة بمعناها العام

عبارة عن جميع الأحكام الشرعية التي مصدرها القرآن والسنة والمصادر الكاشفة (التبعية) كالقياس والعرف وغيرهما. وهي بهذا المعنى تشمل الفقه الإسلامي كما يستعملها بهذا المعنى كثير من الباحثين بعد ان حصل الخلط بين الشريعة الإسلامية التي مصدرها الوحي، وبين الفقه الإسلامي الذي هو عبارة عن شروح الشريعة بمعناها الخاص، وعن الآراء الاجتهادية التي تتغير بتغير الزمان وتطور مصالح الإنسان، وتحتمل الخطأ والصواب.

الفقه:

هو لغة: فهم الشيء والعلم به مطلقاً، أو على وجه الدقة. وفي الاصطلاح: عرفه علماء الأصول والباحثون بأنه علمٌ بالأحكام الشرعية الفرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية. وفي رأينا المتواضع ان في هذا التعريف خلطاً بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي، فالفقه ليس العلم بالأحكام، وإنما هو نفس الأحكام، فالعلم صورة الشيء عند العقل (أو الذهن^(١)). والفقه موجود خارج الذهن، علم به الإنسان أو لا، والعلم ضروري للعمل به. فالفقه في الأحكام التكليفية هو الوجوب والندب، والحرمة والكراهة والإباحة، وفي الأحكام الوضعية، السببية والشرطية والممانعية، والصحة والبطلان، كما يأتي بيانها.

(١) البرهان للكنزوري، للشيخ إسماعيل بن مصطفى، ص ١١.

القانون الوضعي :

عبارة عن مجموعة من القواعد العامة المدونة، وهي تنظم العلاقات والسلوك في كل مجتمع. والقاعدة القانونية مجردة^(١) عامة^(٢) ملزمة مقترنة بالجزاء لمن يخالفها. ولكل دولة قانونها الخاص، وهناك مجموعة قواعد مشتركة بين جميع الدول تسمى القانون الدولي، وقد سبق أن ذكرنا أن الشريعة بمعناها الخاص: نصوص القرآن والسنة النبوية، لذا تُقسّم دراسة الموضوع الى بحثين، يخص الأول للتعريف بالقرآن الكريم، والثاني للسنة النبوية.

(١) أي لا ينظر حين تشريعها الى اشخاص معينين او فئات خاصة ولا الى مراكزهم السياسية والادارية والاجتماعية.

(٢) أي تطبق بالمساواة على جميع افراد المجتمع بدون تمييز او استثناء، إلا من استثناهم القانون بنص خاص.

المبحث الأول القرآن الكريم

وتقسم دراسة الموضوع الى ثلاثة مطالب:

- يتناول الأول التعريف بالقرآن
- والثاني للصلة بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي
- والثالث للقانون وصلته بالشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي.

المطلب الأول التعريف بالقرآن الكريم

كما أنّ لكل دولة في العالم دستوراً يتضمن المبادئ العامة والقواعد الكلية ويخول السلطة التشريعية تشريع القانون في كل شأن من شؤون الحياة على ان لا يتعارض هذا القانون أو جزء منه، مع هذا الدستور. كذلك القرآن هو الدستور الإلهي الخالد الأخير للمجتمع البشري بأسره المعدل للشرائع والدساتير الإلهية السابقة، فيتضمن أمهات أحكامها، مع اضافات جديدة لم تكن موجودة فيها.

اقتصر القرآن على الأسس العامة والقواعد الكلية التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان وتطور الحياة، وترك التفاصيل والجزئيات التي تتغير بتغير الزمان للعقل البشري وصنع دائرة من الأخلاق وأمر عقل الإنسان في اكثر من خمسين آية قرآنية بالتحرك وإرجاع الجزئيات إلى تلك الكليات في ضوء متطلبات الحياة ومستلزماتها، على أن يكون هذا التحرك داخل الدائرة المكونة من الأخلاق.

أقسام أحكام القرآن

المعروف بين الناس ان أحكام القرآن ثلاثة أقسام، وهي: الأحكام الاعتقادية والأحكام الخلقية والأحكام العملية.

وهذا التقسيم -في رأينا المتواضع- خاطيء، لأن القرآن كله أحكام، فقصص الأمم السابقة أحكام وليست تاريخاً، والآيات الكونية أحكام، والقرآن لم يقسم إلى ابواب وفصول ومباحث يتناول كل واحد منها موضوعاً معيناً، بل كل صحيفة من القرآن بمثابة مخزن فيه جميع الحاجات البشرية والدينية والدنيوية، وانبثاقاً من هذا الواقع، تقسم أحكام القرآن من حيث طبيعتها إلى خمسة أقسام:

- ١- **الأحكام الاعتقادية:** وهي تتعلق بالإيمان بالله وما يتفرع عنه من سائر المعتقدات، وهذا النوع من الأحكام هو أساس للأربعة الأخرى.
- ٢- **الأحكام الخلقية:** وهي تتعلق بما ينبغي أن يكون عليه الإنسان من التحلي بالفضيلة والتخلي عن الرذيلة، لأن الأمم أخلاق ان ذهبت ذهبوا.
- ٣- **الأحكام العبرية:** وهي الأحكام التي تدل عليها الآيات التي تبحث عن شؤون الأمم السابقة وما علموه من خير أو شر، حتى نقتدي بهم في خيرهم، ونأخذ العبرة من مصيرهم المظلم نتيجة أعمالهم الشريرة، كما قال تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ فِي قَصَصِهِمْ عِبْرَةٌ لِّأُولِي الْأَلْبَابِ﴾^(١).
- ٤- **الأحكام الكونية:** وهي التي تتعلق بضرورة تفكر الإنسان في هذا الكون وما فيه من الكائنات الحية والجمادات المسخرة للإنسان لأجل تحقيق غايتين:
إحداهما: تقوية الإيمان بالله
والثانية: استثمار خيرات الأرض والبحار والانتفاع باكتشافات الفضاء.
فقال سبحانه في استثمار الأرض: ﴿وَلَقَدْ كَتَبْنَا فِي الزَّبُورِ مِن بَعْدِ الذِّكْرِ أَنَّ الْأَرْضَ يَرِثُهَا عِبَادِيَ الصَّالِحُونَ﴾^(٢). والمراد بالصالح في هذه الآية هو من تتوفر فيه أهلية استثمار خيرات الأرض التي لكل إنسان نصيب فيها، يجب ان لا ينسأه ولا يهمله، كما قال تعالى: ﴿...وَلَمَّا تَسَنَّ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا وَأَحْسَنَ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ...﴾^(٣).

(١) سورة يوسف (١١١).

(٢) سورة الانبياء (١٠٥).

(٣) سورة القصص (٧٧).

وقال في ما يتعلق بغزو الفضاء: ﴿يَا مَعْشَرَ الْجِنِّ وَالْإِنسِ إِنَّ اسْتَطَعْتُمْ أَنْ تَنْفُذُوا مِنْ أَقْطَارِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ فَانْفُذُوا لَا تَنْفُذُونَ إِلَّا بِسُلْطَانٍ^(١)﴾ والسلطان في هذه الآية هو العلم، ولو عمل المسلمون بالأحكام الكونية، لكانت المركبة التي نزلت على سطح المريخ مركبة إسلامية لا أمريكية، لأنه حين نزلت هذه الآية كانت (أمريكا تعيش عيشة الوحوش يحكمها قانون الغاب). ولكن المسلمين لم يعملوا في القرآن إلا بالأحكام العملية التي لا تتجاوز ٥% من أحكام القرآن. وبقية الأحكام مهمة ومتروكة أو نقرأها على الأموات في المقابر، وكأن القرآن جاء للأموات دون الأحياء!!

ولو عمل المسلمون بقوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَآخَرِينَ مِنْ دُونِهِمْ...﴾^(٢) لما أصبح أكثر من ثلث سكان الأرض من المسلمين كرة لعب تلعب بها الدول الكبرى لتحقيق مآربها، وليس المراد بالإرهاب في هذه الآية الاعتداء والتجاوز على حقوق الغير، كما يزعم الأعداء، وإنما المراد التخويف ودفع خطر العدو بالطرق الوقائية وهي القوة والاستعداد عدداً وعدة لمقاومته لأن العدو إذا علم أن الطرف الآخر يملك ما يملكه من القوة أو يزيد، فإنه لا يجرأ على الإقدام على الاعتداء عليه. وعلى سبيل المثال: الكيان الصهيوني، فإن تعامله مع المسلمين وبوجه خاص مع العرب، تعامل غير قانوني، ومخالف لميثاق الأمم المتحدة والأعراف الدولية، لأنه يرى نفسه في موقف القوة ويرى العرب والمسلمين في موقف الضعف، لأنهم لا يملكون ما يملكه من قوة، وهذا الضعف جاء من إهمال أمر الله ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطٍ﴾.

٥- الأحكام العملية: وهي التي تنظم علاقات الناس مع ربهم وعلاقات بعضهم مع بعض وهي سبعة أنواع:

(١) سورة الرحمن (٣٣).

(٢) سورة الانفال (٦٠).

النوع الأول: أحكام العبادات، وهي التي تنظم علاقة الإنسان بربه لاكتساب طاقة روحية تراقب العامل في معمله، والزارع في مزرعته، والمعلم في مدرسته، والموظف في مقر عمله، والجندي في ساحة المعركة، والأم في بيتها، والسلطة حين ممارسة مسؤولياتها، وليس للانسان سلطة في تغييرها او تعديلها.

النوع الثاني: أحكام الأسرة وتناولها القرآن بشيء من التفصيل، لأن الأسرة نواة المجتمع إذا صلحت صلح المجتمع وعمّ الخير وزادت الفضيلة وإذا فسدت فسد المجتمع وعمّت الفوضى وسادت الرذيلة، ومجال اجتهد الإنسان فيها قليل.

النوع الثالث: أحكام المعاملات المالية، تناول القرآن أهم الأحكام والعناصر التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان كالتراضي والوفاء بالعقود وأداء الأمانات ونحوها، وترك بقية التنظيمات المالية للعقل البشري في ضوء مستلزمات الحياة شريطة ان يكون ذلك ضمن دائرة الأخلاق.

النوع الرابع: أحكام المالية العامة، اقتصر القرآن على بعض موارد ومصارف المالية العامة كالمعادن، وترك التفصيلات للعقل البشري.

النوع الخامس: الأحكام الدستورية، اقتصر القرآن على الركائز الأساسية في كل نظام دستوري، وهي العمل بمبدأ الشورى ورعاية العدالة لتحقيق المساواة في الحقوق والالتزامات واحترام النظام الذي سماه القرآن طاعة ولي الأمر، أي إطاعة النظام الذي يمثله ولي الأمر. قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا^(١)﴾، إطاعة الله تكون عملاً بأوامره واجتناب نواهيه، وإطاعة الرسول تكون بالعمل بمقتضى سنته القولية والفعلية والتقريرية بصفته رسولاً ومبلغاً للوحي الالهي، لا بصفته انساناً اعتيادياً.

النوع السادس: أحكام العلاقات الدولية، وبنى القرآن الكريم العلاقات بين الشعوب والأمم على ستة أسس:

الاساس الأول: وحدة النسب، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَنْتَأَكُمُ...﴾^(١). فالأسرة البشرية إخوة وأخوات، وشيمة الأخوة هي التكافل والتكاتف والتعاون والتضامن.

الأساس الثاني، وحدة المعدن، فكل إنسان خلق ويخلق من معدن واحد وهو التراب لأنه يتكون من عنصرين: حيمن الذكر وبويضة الأنثى، وهما مكونان من المواد الغذائية المكونة من التراب، فالإنسان مخلوق من تراب بصورة غير مباشرة كما ان أبانا آدم (عليه السلام) خلق منه بصورة مباشرة قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنْتُمْ بَشَرٌ تَنْتَشِرُونَ﴾^(٢) وقد أكد الرسول العظيم (ﷺ) هذين الأساسين في قوله: (كلكم من آدم وآدم من تراب).

الأساس الثالث: وحدة الصانع، وهو الله الواحد الأحد الخالق الذي لا شريك له فليس البعض من صانع، والبعض من صانع آخر، حتى يكون هناك مجال للمفاضلة، قال سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(٣)

الأساس الرابع: وحدة المصالح، يقول سبحانه: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(٤) والرحمة في هذه الآية هي المصلحة الإيجابية (المنفعة المستجلبة) والسلبية (المضرة المستدرة) سواء كانت مادية أو معنوية دنيوية أو أخروية.

(١) سورة الحجرات (١٣).

(٢) سورة الروم (٢٠).

(٣) سورة البقرة (٢١).

(٤) سورة الأنبياء (١٠٧).

الاساس الخامس: المساواة في استثمار خيرات الأرض والانتفاع بها دون تمييز بين القوي والضعيف، والصالح من الإنسان هو الذي يحسن استثمار خيرات الأرض كما قال سبحانه: ﴿وَلَقَدْ كَتَبْنَا فِي الزَّبُورِ مِنْ بَعْدِ الذِّكْرِ أَنَّ الْأَرْضَ يَرُثُهَا عِبَادِيَ الصَّالِحُونَ^(١)﴾ وَأَنَّ الْأَرْضَ وَمَا خَلَقَ فِي ظَاهَرِهَا أَوْ بَاطِنِهَا مِنَ الْمَوْجُودَاتِ الَّتِي مِنْ شَأْنِهَا أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا الْإِنْسَانُ فِي حَيَاتِهِ، مُشْتَرَكَةً وَمَبَاحَةً لِلْجَمِيعِ بِلَوْنٍ تَمَيِّزٍ أَوْ تَفَاوُتٍ، كما قال سبحانه وتعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً...^(٢)﴾.

الاساس السادس: وحدة المصير، من حيث الحياة والمماتة والمحاسبة والجزاء خيرا او شرا قال سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّا نَحْنُ نُحْيِي وَنُمِيتُ وَإِلَيْنَا الْمَصِيرُ^(٣)﴾، ويقول: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ، وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ^(٤)﴾. فهذه الاسس الستة تدل دلالة قطعية على أن الأصل في الإسلام هو السلم، والحرب استثناء للدفاع الشرعي فقط وان الإسلام ليس دين الإرهاب كما يزعم الأعداء..

النوع السابع: الجرائم والعقوبات: فالقرآن نص على جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وعقوباتها، لخطورتها على المجتمع، وتركه للمسلطة التشريعية الزمنية صلاحية استحداث الجرائم بالعقوبات بحسب متطلبات الحياة، وتسمى الجرائم والعقوبات التعزيرية.

ونستنتج من هذا العرض الموجز، أن حصر تدريس الشريعة الإسلامية في القانون الخاص في الجامعات العراقية خطأ لا يفتقر وان الله سوف يحاسب المسؤولين في هذه الجامعات وبوجه خاص في كليات القانون حساباً عسيراً على إهمالهم لدراسة الشريعة الإسلامية بقواعدها العامة وتفصيلاتها في الفقه الإسلامي التي تناولت جميع فروع القانون الوضعي مع زيادة وهي تنظيم علاقة الإنسان مع ربه في العبادات.

(١) سورة الانبياء (١٠٥).

(٢) سورة البقرة (٢٩).

(٣) سورة ق (٤٣).

(٤) سورة الزلزلة (٧-٨).

المطلب الثاني

الفقه الإسلامي وصلته بالشريعة

الفقه الإسلامي - كما ذكرنا - هو: الأحكام الشرعية العملية الفرعية المستنبطة من أدلتها التفصيلية، وهو من حيث المصدر ثلاثة أنواع:

١- فقه القرآن، وهو ما استنبط من الآيات القرآنية بصورة مباشرة.

٢- فقه السنة، وهو ما استخرج من السنة النبوية مباشرة.

٣- فقه الاجتهاد، وهو ما استنبط من القرآن والسنة بصورة غير مباشرة أي عن طريق المصادر الكاشفة التي سُميت المصادر التبعية، كالاجماع والقياس والعرف والمصلحة وسائر المصادر الكاشفة التي يأتي بيانها،^(١) أو من نصوص دالة عليه دلالة ظنية.

وتسمية هذه المصادر الكاشفة مصادر الفقه الإسلامي، تسمية مجازية، لأنها وسائل لإرجاع الجزئيات إلى كليات الشريعة، فهي مصادر كاشفة وليست موجدة، فالخلاف في حجيتها لفظي^(٢) عند ذوى العقول السليمة.

النسبة بين الشريعة والفقه بحسب التحقق:

١- النسبة بين الشريعة وفقه القرآن والسنة بحسب التحقق عموم وخصوص مطلق إذا كان الفقه مدلولاً عليه دلالة قطعية^(٣). فكلما تحقق هذا الفقه تحققت الشريعة لأنه لازم خاص لها وهو لا يتحقق بدون ملزومه. فكلما تحقق هذا الفقه تحققت الشريعة، لأنه لازم خاص لها، وهو لا يتحقق بدون ملزومه.

^(١) وهي قول الصحابي وسد الفرائع، والاستحسان، والاستصحاب.

^(٢) لأنها ليست حجة من حيث كونها مصادر موجدة، وحجة من حيث أنها مصادر كاشفة.

^(٣) كوجوب نصف تركة الزوجة المتوفاة لزوجها إذا لم يكن لها ولد لا منه ولا من زوج آخر، لقوله تعالى: (وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ) وهو يدل عليه دلالة قطعية.

لكن قد تتحقق الشريعة في غير الأحكام الشرعية العملية ولا يتحقق الفقه معها كما في الأحكام الاعتقادية.

٢- النسبة بين الشريعة والفقه الاجتهادي عموم وخصوص من وجه، وهما يلتقيان إذا كان الحكم الاجتهادي الذي وصل اليه المجتهد حكم الله، بأن كان مصيباً، وتتحقق الشريعة بدون الفقه في الأحكام غير العملية كالأحكام الاعتقادية والكونية والعبرية.

ويتحقق الفقه بدون الشريعة إذا كان الحكم المكتشف غير حكم الله بأن يكون المجتهد مخطئاً.

ومن الواضح إن كل مجتهد أيا كان مركزه العلمي كما يصيب فقد يخطيء. في اكتشاف حكم الله وذلك طبقاً لقول الرسول (ﷺ) (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران فإذا حكم واجتهد وأخطأ فله أجر^(١)).

المراد بالحكم هنا المجتهد، أي إذا أراد أن يحكم واجتهد فإن أصاب فله أجران: أحدهما على إصابته لحكم الله والثاني على بذل جهده، أما إذا أخطأ فله أجر واحد على بذل جهوده بحسن النية.

الموازنة بين الشريعة الإسلامية والفقه الاجتهادي:

وهما رغم صلتها المذكورة يختلفان في أمور جوهرية أهمها ما يأتي:

- ١- الشريعة مصدر الفقه الاجتهادي بصورة مباشرة أو غير مباشرة.
- ٢- الشريعة خالدة من حيث نصوصها فلا تقبل التبديل والتعديل والإلغاء لكن الفقه الاجتهادي يمكن تعديله أو تبديله أو إلغاؤه في ضوء متطلبات الحياة ومستلزماتها، فهو كالقانون وهذا هو المقصود من قاعدة (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان^(٢)) أي الأحكام الاجتهادية.

^(١) البخاري بشرح فتح الباري، كتاب الاعتصام بالسنة ٣٩٣/١٣

^(٢) المادة (٣٩)، مجلة الأحكام العدلية

٣- الشريعة ملزمة عقيدة وعملاً لكل انسان بخلاف الفقه الاجتهادي، فانه غير ملزم لا للمجتهد ولا للمقلد مالم يقض بموجبه القاضي لأنه يحتمل الخطأ والصواب، ومن الخطأ الشائع في العالم الإسلامي التقليد بمذهب معين مدى الحياة وفي كل شيء. فقد مضى القرن الأول من حياة الإسلام فلم يكن هنالك مذهب معين يتقيد به المسلم في كل مسأله.

ولأن الله تعالى قال: ﴿...فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾^(١) ولكن التقليد واجب لغير المجتهد دون تحديد مذهب معين.

٤- الشريعة صائبة في جميع أحكامها، لأنها وحي، والوحي لا يقبل الخطأ، بخلاف الفقه الاجتهادي، لأنه جاء عن طريق الاجتهاد وكل مجتهد كما يصيب فقد يخطئ..

^(١) الانبياء (٧).

المطلب الثالث

القانون وصلته بالشريعة والفقه الإسلامي

أولاً: الصلة بين القاعدة الشرعية والقاعدة القانونية.

تتفقان من أوجه وتختلفان من أوجه أخرى:

أ- أوجه الشبه:

- ١- كل منهما تستهدف مصلحة الإنسان عن طريق تنظيم حياته.
- ٢- كل منهما مجردة وعامة.
- ٣- كل منهما ملزمة.
- ٤- كل منهما مقترنة بالجزاء لمن يخالفها.
- ٥- في التفصيلات والجزئيات تلتقيان في تطبيقات كثيرة.
- ٦- الشريعة مصدر القانون بنسب متفاوتة في قوانين البلاد العربية والإسلامية.
- ٧- كثير من الأحكام القانونية في البلاد غير الإسلامية لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية.

ب- أوجه الاختلاف:

تختلفان في كثير من الأمور الجوهرية أهمها ما يأتي:

- ١- القاعدة الشرعية النصية مصدرها الوحي والقاعدة القانونية مصدرها عقل الإنسان واجتهاده.
- ٢- القاعدة الشرعية النصية غير قابلة للتعديل والتبديل والإلغاء بخلاف القاعدة القانونية فإنها قد تُلغى، وقد تُعدل، سواءً أكانت نصية، أم اجتهادية، وذلك في ضوء تغير المصالح وتطور الحياة ومتطلباتها.
- ٣- عمومية القاعدة الشرعية أوسع بكثير من عمومية القاعدة القانونية، فالأولى مخاطب الأسر البشرية كافة، قال تعالى: ﴿تَبَارَكَ الَّذِي نَزَّلَ الْفُرْقَانَ

عَلَى عَبْدِهِ لِيَكُونَ لِلْعَالَمِينَ نَذِيرًا^(١)، والثانية تخاطب مجموعة أفراد داخل إقليم معين لدولة معينة ذات سيادة لاتسري على من يكون خارج هذا الإقليم إلا في حالات استثنائية.

٤- جزاء القاعدة الشرعية كما يكون سلبياً (عقاباً) يكون إيجابياً (ثواباً) قال تعالى: ﴿مَنْ يَفْعَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ وَمَنْ يَفْعَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾^(٢) بينما جزاء القاعدة القانونية سلبى غالباً فلا يكافأ الإنسان الذي لم يرتكب جريمة في حياته.

٥- جزاء القاعدة الشرعية دينوي وأخروي، بينما جزاء القاعدة القانونية دينوي فقط ويتوقف على ثبوت الجريمة أمام القضاء وإلا فيحكم ببراءة المتهم لأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته.

٦- القاعدة القانونية لاتحكم إلا الظاهر فلا تدخل في أعماق القلوب ولا يخضع لها كل ما في باطن الإنسان مالم يخرج إلى عالم الوجود، في حين أن القاعدة الشرعية كما تحكم الظاهر تحكم الباطن أيضاً في ما يخضع لإرادة الإنسان، قال تعالى: ﴿وَأَن تَبْذُلُوا مَا فِي أَنفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحَاسِبْكُمْ بِهِ اللَّهُ...﴾^(٣) لأن الإسلام يريد من الإنسان أن يكون ظاهره مطابقاً لباطنه. ومن ادعى أن هذه الآية منسوخة بآية ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٤) فقد أخطأ خطأ جسيماً.

٧- مجردية القاعدة القانونية لها استثناءات بحسب الصفة، كالأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية. بينما في القاعدة الشرعية لا توجد استثناءات على مجرديتها، لا بحسب الذات ولا بحسب الصفة.

(١) سورة الفرقان (١).

(٢) سورة الزلزلة (٧-٨).

(٣) سورة البقرة (٢٨٤).

(٤) سورة البقرة (٢٨٦).

ثانيا: الصلة بين الفقه الإسلامي الاجتهادي والقانون.

وهما يختلفان من أوجه ويتفقان من أوجه كثيرة:

أوجه الاختلاف

يختلفان في أمور، أهمها ما يأتي:

- ١- الفقه الإسلامي له كيان مستقل لم يتأثر بأي قانون ولم يؤخذ من أي قانون، ومن زعم تأثره بالقانون الروماني فقد أخطأ، لعدم وجود أية صلة بين أئمة المذاهب الفقهية والقانون الروماني من حيث المكان والزمان واللغة وما نجده من التشابه في بعض القواعد والأحكام إنما هو ناتج عن التشابه في الإنتاج الاجتهادي العقلي، وعقول جميع الناس متقاربة في كثير من الأمور.
- ٢- الفقه الإسلامي مصادره مستقلة عن مصادر القانون، لأن مصادر الفقه الإسلامي الأصلية: القرآن والسنة النبوية، ومصادره التبعية الكاشفة: القياس والمصلحة والاستحسان والاستصحاب والذرائع وغيرها.
- ٣- الفقه الإسلامي يتطلب أن يكون كل من يتولى استنباطه يتوفر فيه جميع شروط الاجتهاد بخلاف القانون فإن أكثر من يساهمون في إعداد مشروعه ليسوا من أهل الاجتهاد بالمعنى الاصطلاحي.
- ٤- أحكام الفقه الإسلامي كما تنظم علاقة الإنسان مع الإنسان تتولى تنظيم علاقة الإنسان مع ربه أيضاً بخلاف أحكام القانون.
- ٥- أحكام الفقه الإسلامي مشبعة بالأخلاق، لأن مصدره الرئيس هو الشريعة الإسلامية، بخلاف أحكام القانون.

أوجه الشبه:

توجد الصلة بينهما من أوجه، أهمها:

- ١- كل من الفقه الإسلامي والاجتهادي والقانون معرض لأن يقع فيه القصور لأن العقل الاجتهادي فيهما هو العقل البشري الذي لا يحيط بكل ما يحدث في المستقبل.

٢- كل منهما قد يقع فيه الخطأ، لأن كل مجتهد كما يكون مصيباً فقد يكون مخطئاً، وقد نص الرسول العظيم (ﷺ) على ذلك في قوله: ((إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ^(١) فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أخطأَ فَلَهُ أَجْرٌ)) أي أجر واحد على بذل جهوده.

٣- كل منهما قابل للتبديل والتعديل بحسب مستلزمات الحياة وتطورها ما لم يكن الحكم جمعاً عليه، وحتى في هذه الحالة إذا كان سند الإجماع مصلحة تغيّرت يتغيّر بإجماع آخر يتلاءم مع المصلحة الجديدة بناءً على قاعدة تغيّر الأحكام بتغيّر الأزمان.

٤- كل منهما يستهدف مصلحة الإنسان من جلب نفع له أو دفع ضرر عنه.

٥- الفقه الإسلامي مصدر رئيس للقوانين المتأثرة به بنسبة تتراوح بين ٥٠-٩٠٪.

بعض القوانين في البلاد الإسلامية مأخوذة منه ١٠٠٪^(٢) وقوانين الأحوال الشخصية في جميع البلاد العربية والإسلامية مأخوذة من الفقه الإسلامي ١٠٠٪، والقوانين المدنية في هذه البلاد مصدرها الفقه الإسلامي ٩٠٪ كالقانون المدني العراقي والأردني والكويتي^(٣) والقانون المدني المصري رغم تأثره بالفقه الفرنسي قد أخذ كثيراً من الفقه الإسلامي بشهادة فقهاء القانون في جمهورية مصر العربية^(٤). وقد حذت حذوه القوانين العربية المتأثرة به، ومن الأحكام التي أخذتها من الفقه الإسلامي القانون المدني المصري، والقوانين المتأثرة بهذا القانون: نظرية التعسف في استعمال

^(١) أي أراد المجتهد أن يحكم أو ينتج حكماً.

^(٢) كما في القوانين اليمنية.

^(٣) ورد في ديباجة القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ (وما يبرز ما وصل إليه قانوننا المدني من الرفعة والمكانة إنه جاء في أحكامه متوافقاً تماماً مع أحكام الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه حتى إنه لا يوجد فيه حكم يستعصي تفرجه على مذهب من المذاهب الإسلامية أو يتعارض مع روح الشريعة الإسلامية السمعة).

^(٤) منهم المستشار علي منصور رئيس محكمة الاستئناف سابقاً في كتابه (الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام، ط ١٩٦٥، والأستاذ أحمد مواني المستشار بمحكمة النقض في كتابه الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون، ط ١٩٦٥ والمستشار عبد الستار آدم في كتابه (الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري ط ١٩٦٦).

الحق، ونظرية حوالة الدين، ونظرية الظروف الطارئة، وأكثر أحكام البيع والهبة وعقد الإيجار والتزامات الجوار، والحائط المشترك، وأحكام الشفعة وغيرها.

كما ان التشريعات الجزائية العربية تتفق مع الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي في كثير من جرائم التعازير لأن جريمة التعزير هي كل جريمة ترك استحداث عقوبتها وتهديدها للمسلطة التشريعية الزمنية وهي تنقسم إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: كل جريمة حدية إذا حدثت فيها الشبهة تتحول تلقائياً إلى جريمة تعزيرية تقض لقانون العقوبات كالسرقة بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الشريكين. وكجريمة الزنا لم تثبت بأربعة شهود أو بإقرار الجاني واقتنع القاضي بوقوعها بالبينـة أو بالوسائل العلمية الحديثة فتسقط عقوبة الحد وتصل محلها عقوبة تعزيرية تعدد بقانون العقوبات.

النوع الثاني: كل جريمة نص التشريع الإسلامي على تجريمها ولكن لم يحدد لها العقوبة تعد جريمة تعزيرية تقض لقانون العقوبات كجريمة الغصب، وخيانة الأمانة والتزوير والرشوة والتجسس ونحو ذلك بما نص الشرع على أنه جريمة ولكن لم يحدد لها العقوبة.

النوع الثالث: لولي الأمر (رئيس الدولة) بتعاون مع أهل الشورى اعتبار كل فعل يضر بالمصلحة العامة جريمة يحدد لها عقوبة بالنص تتلاءم مع حجمها وخطورتها.

وبناء على ذلك فإن جميع الجرائم التعزيرية في الشريعة الإسلامية تقض لقانون العقوبات ما لم يتعارض ذلك مع قاعدة شرعية في القرآن والسنة النبوية، وكذلك لا تتعارض القوانين في البلاد غير الإسلامية مع الشريعة الإسلامية بنسب متفاوتة مادامت تلك القوانين تقدم المصالح العامة للمجتمعات التي تقض لها ولا تتعارض مع قاعدة شرعية إسلامية ثابتة لأن القرآن الكريم اقتصر على الكليات وخول العقل البشري إرجاع الجزئيات إلى تلك الكليات في ضوء مستلزمات الحياة في كل زمان ومكان ما لم يخرج هذا الإرجاع عن دائرة الأخلاق.

المبحث الثاني السنة النبوية

نتناول في هذا الفصل موضوعين: أحدهما التعريف بالسنة النبوية والثاني وظائف السنة النبوية، ولذا توزع دراستها على مطلبين:

المطلب الأول التعريف بالسنة النبوية

السنة في اللغة وردت بعدة معان منها: - السيرة والطريقة، سواء أكانت حسنة أم قبيحة^(١).

وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن الفعل المطلوب في الشريعة الإسلامية طلباً غير جازم.

فهي مترادف المندوب، والمستحب، والتطوع، والنافلة^(٢).

وفي اصطلاح الاصوليين ماصدر عن سيدنا محمد (ﷺ) من قول أو فعل أو تقرير^(٣). والحديث القدسي معناه من الله يلقي في قلب رسوله ولفظه من الرسول^(١). والسنة بالمعنى الاصولي هي المعنية بدراستنا.

^(١) لسان العرب لابن منظور / فصل السين / حرف نون، وقد وردت بهذا المعنى في قول الرسول (ﷺ) ((مَنْ سَنَّ فِي الْإِسْلَامِ سُنَّةً حَسَنَةً فَعَمِلَ بِهَا بَعْدَهُ كُتِبَ لَهُ مِثْلُ أَجْرِ مَنْ عَمِلَ بِهَا وَلَوْ أَنَّهُ يَنْقُصُ مِنْ أَجُورِهِمْ شَيْءٌ وَمَنْ سَنَّ فِي الْإِسْلَامِ سُنَّةً سَيِّئَةً فَعَمِلَ بِهَا بَعْدَهُ كُتِبَ عَلَيْهِ مِثْلُ وَزْرِ مَنْ عَمِلَ بِهَا وَلَوْ أَنَّهُ يَنْقُصُ مِنْ أَوزَارِهِمْ شَيْءٌ)) صحيح مسلم بشرح النووي ٦١/٨.

^(٢) شرح المنهج بهامش البجيمي ٤٤٦/١.

^(٣) القاضي العضد بشرح مختصر ابن الحاجب ٢٢/٢.

أهمية السنة:

تتجلى أهمية السنة في وظائفها التي يأتي بيانها في المطلب الثاني من هذا الفصل.

حجية السنة:

حجية السنة النبوية ثابتة بالقرآن والحديث والاجماع والمعقول:

١- القرآن الكريم: من الآيات الدالة على أن السنة النبوية تلي القرآن في كونها مصدرا للأحكام الشرعية قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ^(١)﴾.

فالرد الى الله هو العمل بالقرآن والى الرسول هو العمل بالسنة النبوية، والمراد بأولي الأمر إطاعه النظام العام الذي يرأسه ولي الأمر (رئيس الدولة) باعتباره شخصية معنوية لامن حيث أنه شخص طبيعي.

٢- الحديث الشريف: من الاحاديث التي تدل على حجية السنة النبوية حديث معاذ بن جبل حين رثعه الرسول (ﷺ) ليكون قاضيا وواليا في اليمن واختبر أهليته لهذه المهمة فقال له: ((كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ قَالَ أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ قَالَ فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ قَالَ فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلَا فِي كِتَابِ اللَّهِ قَالَ أَجْتَهِدُ رَأْيِي وَلَا أَلُو))، فضرب رسول الله (ﷺ) صدر معاذ فقال ((الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يَرْضَى مِنْ رَسُولِ اللَّهِ))^(٢).

^(١) مثل حديث ((يَا عِبَادِي إِنِّي حَزَمْتُ الظُّلُمَ عَلَى نَفْسِي وَجَعَلْتُ بَيْنَكُمْ وَمَعْرَماً فَلَا تظَالُمُوا يَا عِبَادِي كُلُّكُمْ ضَالٌّ إِلَّا مَنْ هَدَيْتُهُ فَاسْتَهْدُونِي أَهْدِكُمْ)) أخرجه مسلم في باب تهريم الظلم بشرح النووي ١٦٨/١٦.

^(٢) سورة النساء (٥٩).

^(٣) رواه الإمام أحمد في مسنده ٢٣٦/٥، وأبوداود في سننه رقم الحديث ٣٥٧٦، والبيهقي في السنن الكبرى ١١٤/١.

والمراد بقوله (ولا آلو) أي لا أقصر في اللجوء إلى الاجتهاد واستخدام الرأي واستنباط الحكم في حالة غياب نص من القرآن والسنة واقتضاء الموضوع للاجتهاد.

٣- الإجماع:

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية منذ صدر الإسلام على أن السنة النبوية الثابتة تحتل المركز الثاني بعد القرآن الكريم.

٤- العقل:

العقل السليم يقضي بأن من يختاره الله رسولا لتبليغ رسالته للأسرة البشرية أن كل ما يصدر عنه بصفته رسولا لا بصفته إنسانا إعتياديا يعد حجة ومصدراً للأحكام الشرعية بعد القرآن الكريم.

أنواع السنة:

تنقسم السنة النبوية إلى عدة أنواع بحيثيات مختلفة كالآتي:-

أ- من حيث طبيعتها قولية وفعلية وتقريرية:

١- السنة القولية: ما قاله الرسول (ﷺ) بأقواله وألفاظه كحديث ((إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أخطأَ فَلَهُ أَجْرٌ))^(١).

٢- السنة الفعلية: كأفعاله التي بينت بها الأحكام الإجمالية القرآنية بمقتضى قوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾^(٢) كما بين قوله تعالى: المجمل: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾^(٣). حيث أقام الصلاة بمضور أصحابه وأدى أركانها وشروطها وسننها ثم قال لهم ((صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي

(١) متفق عليه - صحيح مسلم - بشرح النووي - كتاب الأقضية ١١/٢٥٤ باب أجر الحاكم إذا اجتهد.

(٢) سورة النحل / ٤٤.

(٣) سورة يونس / ٨٧.

أَصْلِي))^(١)

٣- السنة التقريرية:- وهي ما روي من استحسان الرسول (ﷺ) ما روي له أو سمعه أو سكوته وعدم إنكاره لفعل أو قول صدر عن الغير في حضوره، أو نقل له، لأن سكوته بصفته رسولاً، تقرير ضمني لمشروعية القول أو الفعل.

ب- من حيث سنده: متصل ومرسل:

١- الحديث المتصل: هو ما اتصل سنده الى رسول الله دون إنقطاع راو من رواته في سلسلة الرواية.

٢- الحديث المرسل: هو الذي لم يتصل السند فيه بالأخذ من الرسول، أو إتصل ولكن سقط من رواته صحابي.

ج- من حيث القوة الالزامية :

متواتر وآحاد عند الجمهور، ومتواتر ومستفيض (مشهور) وآحاد، عند البعض وفي مقدمتهم الحنفية:-

١) الحديث للتواتر:- هو ما رواه عن الرسول (ﷺ) مباشرة جمع من الصحابة يستحيل عادة إتفاقهم على الكذب، ثم رواه عن الصحابة جمع من التابعين وتابعي التابعين بنفس الصفة.

ومن السنن القولية المتواترة: ((لَا تَكْتُبُوا عَنِّي وَمَنْ كَتَبَ عَنِّي غَيْرَ الْقُرْآنِ فَلْيَنْحُهُ وَحَدِّثُوا عَنِّي وَلَا حَرَجَ وَمَنْ كَذَبَ عَلَيَّ مُتَعَمِّدًا فَلْيَتَّبِعُوا مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ))^(٢). وقد رواه عنه أكثر من مائة صحابي

والتواتر إما لفظي أو معنوي من حيث التعبير:-

- المتواتر اللفظي: هو إستعمال نفس الألفاظ المسموعة من الرسول دون إختلاف في التعبير بين راو وراو آخر كما في الحديث المذكور.

- المتواتر المعنوي: هو أن يكون المعنى فيه واحد وتكون التعابير عنه مختلفة كما في حديث (إنما الاعمال بالنيات) فقد روي هذا الحديث بالفاظ وتعابير مختلفة

^(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٣/٣٧٨.

^(٢) صحيح مسلم ٥/٨٤٧، مسند أحمد ٣/٢١

مع الاحتفاظ بوحدة المعنى.

شروط التواتر:

- أ- أن يتم أخذه من الرسول (ﷺ) عن طريق الحس والسمع أو البصر.
 - ب- أن يحيل العقل عادة طواظنهم على الكذب، لكثرتهم وعدالتهم وأمانتهم وتباين طبائعهم واختلاف أماكنهم.
 - ج- أن يتوافر الشرط الثاني في جميع الطبقات الثلاث (طبقة الصحابة وطبقة التابعين وطبقة تابعي التابعين).
- حكمه: حكم الحديث المتواتر هو وجوب العمل بمقتضاه ويُعدّ إنكاره عند الفقهاء كُفْراً.

- ٢) الحديث المشهور: هو ما رواه عن النبي (ﷺ) واحد أو اثنان، أو عدد قليل من الصحابة لم يصل إلى حد التواتر، ثم استفاض بعد ذلك في عصر التابعين أو تابعي التابعين، بحيث رواه منهم جماعة يستحيل عادة تواطؤهم على الكذب.
- حكمه: إنه يفيد ظناً قريباً من اليقين يطلق عليه تعبير الطمأنينة، ولذلك اعتبر في حكم المتواتر من حيث وجوب العمل به ويُخصّص به عموم القرآن ويُقيد مطلقه ويُقدّم على القياس بالاجماع عند التعارض.
- ٣) حديث الأحاد:- وهو الذي لم يتوافر فيه شروط التواتر في الطبقات الثلاث المذكورة.

وجدير بالذكر أن معظم سنن النبي (ﷺ) من هذا النوع الثالث.

حكمه: انه يوجب غلبة الظن فيجب العمل به ما لم يقدّم دليل على عدم صحته.

د- من حيث الثبوت قطعي وظني:

- ١- قطعي الثبوت: هو الحديث المتواتر.
- ٢- ظني الثبوت: هو الحديث الذي لم تتوفر فيه شروط التواتر.

هـ- من حيث الدلالة على الحكم قطعي الدلالة وظني الدلالة:

- ١- قطعي الدلالة: وهو حديث لا يحتمل أكثر من حكم (معنى) واحد مثل قوله (ﷺ) (أعطوا الجدة السدس).

٢- ظني الدلالة: وهو حديث يحتمل أكثر من معنى واحد كقول الرسول (ﷺ) (لاتبع ما ليس عندك).

لفظ (ما) يشمل المنقول والعقار والطعام وغيره لذا اختلف في تفسيره فقهاء الشريعة فمنهم من فسره بالمال المنقول. لان العقار لا يتغير في الفترة الواقعة بين تملكه أو قبضه من الغير، وبين بيعه بخلاف المنقول ومنهم من فسره بالطعام لانه يتعرض للتلف والتغير بسرعة.

ومنهم من أخذ بعموم لفظ (ما) فلم يحز بيع كل مال قبل تملكه أو قبضه إستبعادا لضرر قد يلحق بالمشتري أو بالعاقدين معاً.

وفي رأينا المتواضع أن حكمة هذا النهي هي التعرض للفساد والتغير فاذا كان المبيع مما لا يتعرض لذلك خلال مدة يحددها العرف، فلا بأس في بيعه قبل تملكه أو قبل قبضه وذلك لتطور الحياة الاقتصادية وسرعة تداول الأموال التجارية بين البائع والمشتري.

و- من حيث الصحة: صحيح ومختلق:

١- الحديث الصحيح: هو الذي كان صادرا عن الرسول (ﷺ) في الواقع ونفس الامر.

٢- الحديث المختلق: هو الذي وضع باسم الرسول، إما بحسن النية أو بسوء النية، كما فعل ذلك عبدالله بن سبأ اليهودي الأصل وهو إعتنق الإسلام دساً ونفاقاً، وفي اللحظات الأخيرة من حياته قال لمن حوله من المسلمين: وضعت باسم نبيكم آلاف الأحاديث وفيها حلت الحرام وحرمت الحلال!

معايير التمييز بين الحديث الصحيح والموضوع:-

ومن أهم تلك المعايير لتمييز الموضوع من الصحيح مايلي:-

١- أن يكون مخالفا لنص صريح في القرآن الكريم.

٢- أن يكون مخالفا للاكتشافات العلمية الحديثة الثابتة بالتواتر.

٣- أن يكون مخالفا للمحسوسات التي هي من البديهيات.

٤- أن لا يقبله العقل السليم الناضج المؤمن.

٥- أن لا يليق بمكانة الرسول (ﷺ) وعظمته التي شهد بها فلاسفة من غير المسلمين ومنهم أوغست كنت وهو من فلاسفة الغرب حيث يقول (يا محمد أشهد أنك لست إلهاً ولكن بكل المعاني أسمى من البشر) .
وجدير بالذكر أن ورود الحديث في المراجع المعتمدة عند المسلمين لا يكون دليلاً قطعياً على صحته، لكثرة الموضوعين قبل تدوين السنة وبعدها قبل نشرها - رغم بذل جهود علماء الإسلام المشكورة في التأكد من صحة الحديث بعد روايته وجمعه ونشره.

المراجع المعتمدة عند الجمهور:

- ١- الجامع الصحيح للإمام عبدالله بن محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخارى (٢٤٩-٢٥٦هـ).
- ٢- صحيح مسلم بن الحجاج النيسابوري (٢٠٤-٢٦١هـ) .
- ٣- سنن النسائي أبي عبد الرحمن شعيب الحراساني (٢١٥-٣٠٣هـ).
- ٤- سنن أبي داود سليمان بن الاشعث بن اسحاق الاسدي (٢٠٢-٢٧٥هـ)
- ٥- جامع الترمذي محمد بن عيسى الترمذي (٢٠٩-٢٧٩هـ).
- ٦- سنن ابن ماجه محمد بن يزيد بن ماجه القزويني (٢٠٧-٢٧٣هـ).
- المراجع المعتمدة عند الإمامية:-
- ١- الكافي للكليني محمد بن يعقوب الكليني (ت ٣٢٨ هـ) .
- ٢- من لا يحضره الفقيه لابي جعفر محمد بن علي بن الحسين (ت ٣٨١هـ).
- ٣- الاستبصار للطوسي محمد بن الحسين بن علي (ت ٤١١هـ)

شروط العمل بمحدث الأحاد:

أ/ يعتبر فقهاء الحنفية من المتشددين في شروط العمل بمحدث الأحاد بسبب ما حدث في عصرهم من ظهور الموضوعين ومن إختلاق الحديث باسم النبي - إما بحسن النية أو بسوء النية كالأحاديث التي وضعت من قبل الدسائين.
ومن أهم شروطهم:

١- أن لا يعمل الراوي بخلاف ما رواه لأن مخالفة عمل الراوي لروايته يعد دليلاً على نسخ الحديث بالقرآن أو حديث آخر أو تبين عدم صحة الحديث^(١).

٢- أن لا يكون الحديث لبيان حكم مهم في الحياة البشرية تتكرر يومياً كخيار المجلس في البيوع، لأن الحديث في هذه الحالة لا يبقى أحاداً بل يصبح متواتراً أو مشهوراً على الأقل^(٢).

٣- أن لا يكون مخالفاً للقياس إذا لم يكن الراوي فقيهاً^(٣).

٤- أن لا يعارض دليلاً أقوى منه كالقرآن والحديث المتواتر والحديث المشهور والقواعد العامة المتفق عليها^(٤).

ب / من شروط المالكية أن لا يتعارض الحديث مع عمل أهل المدينة^(٥).

جـ / ومن شروط الشافعية والحنابلة صحة سند الحديث وإتصاله بالنبي (ﷺ).
د / ومن شروط الشيعة الإمامية:

١- تعدد الرواة (أكثر من واحد).

٢- أن يكون الراوي من أئمة آل البيت^(٦).

^(١) لذا لم يعملوا بحديث عائشة (رضي الله عنها): (أما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل)، حيث عملت عائشة بخلاف هذه الرواية فزوجت بنت أخيها حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر وقد كان غالباً بالشام بلا إذن وليها.

^(٢) لذا لم يعملوا بحديث (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا).

^(٣) لذا لم يعملوا بحديث معقل بن سنان (إن رسول الله ﷺ) قضى بمهر المثل لامرأة -بروع بنت واشق- مات عنها زوجها قبل أن يحدد لها المهر وقبل أن يدخل بها). لأن الراوي لم يكن فقيهاً.

^(٤) لذا لم يعملوا بحديث أبي هريرة (لا تصروا الأبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بغير النظرين بعد أن يبلها، إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر) والتصيرية جمع اللبن في ضرع الحيوان بالشد وتركه الحلب مدة ليتخيل المشتري أن هذا الحيوان كثير اللبن فقالوا إن هذا الحديث مخالف للقرآن في قوله تعالى (فَمَنْ أَهْتَنَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا آتَيْنَاكُمْ) والتمر ليس مثل اللبن، ومخالف لحديث (الحراج بالظمان) لأن الحيوان المبيع بعد القبض يدخل في ضمان المشتري فله غنمه (كاللبن) كما عليه غرمه إذا تلف، ومخالف للاجماع على أن ضمان المثليات يكون بالمثل وضمان القيميات يكون بالقيمة فالتمر ليس مثل اللبن ولا يكون ضمانه بالقيمة لأن القيمة تزيد وتنقص حسب كمية المال المتلف كما في اللبن هنا.

^(٥) لذا لم يعملوا بحديث خيار المجلس المذكور لأن أهل المدينة لم يعملوا به رغم أن المدينة مهبط الوحي.

^(٦) لذا لم يعملوا بحديث (لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها). لأن هذا الحديث لم تتم روايته عن آل البيت حسب ظنهم.

المطلب الثاني وظائف السنة النبوية

سبق أن ذكرنا في الفصل الاول أن أحكام القرآن خمسة وهي: الأحكام الاعتقادية، والأحكام الأخلاقية، والأحكام الكونية، والأحكام العبرية، والأحكام العملية. وللسنة النبوية دور عظيم في تأكيد هذه الأحكام وفي بيانها وفي الإضافات التي سكت عنها القرآن وإن إستعراض وظائف السنة النبوية في جميع هذه الأحكام يتطلب مجلدات بحيث من الصعب الاحاطة بجميعها.

بالإضافة الى أن الهدف الرئيس من دراسة هذا المدخل تنوير الهدف لمعرفة الشريعة الإسلامية في باب الأحكام العملية.

لذا نقتصر على بيان نماذج من وظائف السنة النبوية الخاصة بالأحكام العملية دون غيرها وهي:- تخصيص نص عام في القرآن لم يكن عمومه مراداً أو تقييد نص مطلق لم يكن إطلاقه مقصوداً، أو بيان نص مجمل لا يكون فهمه متيسراً من قبل المكلف بحكمه، أو تأكيد أحكام عملية واردة في القرآن الكريم لأهميتها للإنسان في حياته العملية، أو ذكر ما سكت عنه القرآن صراحة وقد بيّنه الرسول (ﷺ) لأهميته. وفيما يلي إيضاح تلك الوظائف:-

أولاً: تخصيص نص عام في القرآن الكريم إذا كان عمومه غير مراد أصلاً.

العام: هو ما يشمل جميع مامن شأنه أن يندرج تحته دفعة واحدة لغة أو عرفاً، أو عقلاً.

التخصيص: إخراج بعض أفراد العام المدرجه تحته من الحكم الوارد فيه فهو بمثابة عملية الطرح في الرياضيات.

ومن تطبيقاته قوله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَّفْرُوضاً﴾^(١) ومن الواضح أن كلا من لفظ (الرجال) و(النساء) جمع تكسير للرجل والمرأة على ب(ال) الاستفراق، يفيد العموم، فالأول يشمل كل ذكر-صغيراً كان أم كبيراً-، والثاني يشمل كل أنثى-صغيرة أم كبيرة-.

ولما لم يكن هذا العموم مراداً من أصله خصص عموم كلتا الصيغتين بالحديث الشريف (لا يرث القاتل) ولفظ القاتل يستعمل للذكر والأنثى في هذا المقام فكل وارث من الذكر والأنثى إذا قتل مورثه عمداً عدواناً، يُحرَم من ميراثه كعقوبة تبعية لعقوبة القصاص أو أية عقوبة أخرى.

وفلسفة ذلك أن الوارث القاتل يتهم بأن هدفه من هذا القتل هو الاستعجال في الحصول على ميراث مورثه المقتول، والقاعدة الشرعية والقانونية تقضي بأن (من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه)^(٢) وقد قاس الفقهاء الموصى له القاتل للموصي والموهوب له القاتل للمواهب، على الوارث القاتل لمورثه بجامع الفلسفة المذكورة من جهة، وحماية أرواح الأبرياء من جهة أخرى.

وكذلك أخرج الرسول (ﷺ) من شمولية الميراث الوارث الذي يختلف مع مورثه في الدين، كأن يكون أحدهما مسلماً والآخر غير مسلم فقال (لا يتوارث أهل ملتين) ولكن الاختلاف في الدين لا يكون مانعاً من الوصية لأن الهدف منها هو التكافل الاقتصادي.

لذا أقترح أن يوصي كل من الزوجين للآخر في حالة اختلاف الدين بما لا يزيد عن ثلث تركته كما في حالة كون الزوج مسلماً والزوجة كتائية (يهودية أو مسيحية) .

^(١) سورة النساء (٧).

^(٢) مجلة الأحكام العدلية المادة (٩٩).

ثانياً: تقييد النص المطلق:

المطلق:- لفظ دال على ماهية مشتركة بين عدة أنواع، أو أصناف، أو أفراد يصلح لأن يراد به أي واحد منها على سبيل التناوب قبل تقييده، أو يشمل كمية الشيء كله أو بعضه.

فإذا ورد في القرآن نص مطلق وكان إطلاقه غير مراد في الأصل يتولى الرسول (ﷺ) تقييده كما أراده الله.

ومن تطبيقاته تقييد نص مطلق وارد في القرآن الكريم بالحديث النبوي قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ^(١)﴾ فلفظ (الوصية) مطلق يشمل جميع التركة، أو ثلثها، أو نصفها، أو ثلثها أو غير ذلك.

ولما لم يكن هذا الإطلاق مراداً في هذه الآية أصلاً بادر الرسول (ﷺ) إلى تقييده بالثلث كما روي عن سعد بن أبي وقاص الصحابي الجليل (رضي الله عنه) أنه قال ((قلت يا رسول الله (ﷺ) أنا ذو مال، وفي رواية: أنا كثير المال، لا يرثني إلا ابنة واحدة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا. قلت: أفأتصدق بشطره-نصفه-؟ قال: لا. قلت: أفأتصدق بثلثه؟ قال: الثلث والثلث كثير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تنزههم عالية^(٢) يتكفون^(٣) الناس^(٤))).

ثالثاً: بيان نص مجمل في القرآن الكريم

المجمل: وهو لفظ غير واضح المعنى، أو نُقل من معناه اللغوي إلى المعنى الشرعي، ومن تطبيقاته في الصلاة قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾. فهذا النص القرآني لا اختصاره مجمل فلم يتناول أركان الصلاة وشروطها وسننها فقام الرسول

(١) سورة البقرة (١٨٠).

(٢) جمع عائل وهو الفقير.

(٣) يسألون الناس باكتهم.

(٤) الحديث متفق عليه أخرجه البخاري رقم الحديث (١٥٢٠) ومسلم في كتاب الوصية باب الوصية بالثلث

(ﷺ) بأداء الصلاة أمام أصحابه كاملة مستوفية أركانها وشروطها وآدابها ثم قال: ((صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أَصَلِّي)).

ومن تطبيقات بيان المجل في الزكاة قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا الزُّكَاةَ﴾. فهذا النص مجمل أيضاً لاختصاره، فلم يبيّن لنا المال الذي تجب فيه الزكاة، ولا كمية نصلها، أي الحد الأدنى الذي تجب فيه الزكاة، ولا المقدار الذي يجب إخراجه من المال لأجل الزكاة ودفعه للمستحقين، فتولى الرسول (ﷺ) هذه المهمة فبيّن لنا ما هو المراد من هذه الآية المجملة من أنواع الأموال التي تجب فيها الزكاة، ففي جنس الحيوان تجب في أربعة أنواع وهي الإبل والبقر والغنم والمعز. وفي جنس الحبوب تجب الزكاة في الحنطة والشعير، وفي جنس الثمر تجب في التمر والزبيب، وفي جنس النقود تجب الزكاة في الذهب والفضة وفي كل عملة حلت عليهما في التداول والتعامل في العالم.

بالإضافة الى ذلك تجب الزكاة في أرباح الأموال التجارية ورأسمالها وفي كل منقول آخر والعقار من الأموال التي تخصص لغرض الاستغلال فتجب الزكاة فسي غلّتها دون رأسمالها وقد أجملت إستعراض نصوص الاحاديث الواردة بشأن الزكاة إستبعاداً للتطويل^(١).

ومن تطبيقاته في الحج قوله تعالى: ﴿وَلِلّٰهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا^(٢)﴾ ولاجمال هذه الآية قام الرسول (ﷺ) بأداء مناسك الحج أمام أصحابه ثم قال لهم ((خُذُوا عَنِّي مَنَاسِكَكُمْ^(٣))).

^(١) للاطلاع على هذه النصوص النبوية يراجع: - صحيح مسلم ٦٧٣/٢ ومايليها كتاب الزكاة صحيح البخارى بشرح فتح الباري ٣٠٩/٣ ومايليها باب قدركم يعطى من الزكاة والصدقة سنن أبي داود بشرح عون المعبود (ج) ٢ كتاب الزكاة.

^(٢) سورة آل عمران (٩٧)

^(٣) سبل السلام (٣٢/٤).

رابعاً: تأكيد ما ورد في القرآن من الأحكام لزيادة أهميتها في الحياة البشرية.

ومن تطبيقاته قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١)، فهذه الآية تنص على ضرورة توفر عنصر التراضي في جميع المعاملات لأن لفظة (التراضي) للمشاركة فلا يكفي رضا أحد الطرفين وحده لصحة التصرف بل يجب أن يتوفر الرضى لدى كل واحد منهما.

وقد أكد الرسول (ﷺ) أهمية هذا العنصر فقال: ((لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ، -وفي رواية- إِلَّا بِطَيْبَةٍ مِنْ نَفْسِهِ)) .

خامساً: ذكر ما سكت عنه القرآن صراحة.

وتطبيقات هذه الوظيفة لا تحصى لذا أقصر على نماذج منها:-

أ- تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في الزواج فقال الرسول (ﷺ) ((لَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا وَلَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا))^(٢)، أي لا يجوز أن يجمع الرجل بين زوجتين في وقت واحد إحداهما تكون عمّة للأخرى أو خالة لها، وقال في إحدى الروايتين في بيان حكمة تحريم هذا الجمع (إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم) وذلك للتنافر بين الضرتين بمقتضى الغريزة الطبيعية.

ب- القضاء بيمين المدعى عليه إذا لم يكن للمدعي بينة مقبولة لاثبات دعواه فقال الرسول (ﷺ) ((لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَدَاعَى نَاسٍ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ))^(٣). وفي حديث آخر قال ((البينة على المدعي واليمين على من أنكر))^(٤). وحكمة ذلك أن المدعي يدعي خلاف الأصل وهو براءة

(١) سورة النساء (٢٩)

(٢) صحيح مسلم (١٠٢٨/٢).

(٣) صحيح مسلم ١٣٣٦/٣ رقم الحديث ١٧١١.

(٤) نيل الاوطار للشوكاني ٤٤٤/٧.

الذمة، فلا يُقبل منه دعواه إلا بالبيّنة، أمّا المدعى عليه فإنه مع الأصل لذا يُكتفى بيمينه.

ج- قضاء القاضي لا يكون إقراراً للواقع، فهو لا يُحلّ حراماً ولا يُحرّم حلالاً. فقال الرسول (ﷺ) ((إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّهُ يَأْتِينِي الْخَصْمُ فَلَعَلَّ بَعْضَهُمْ أَنْ يَكُونَ أَبْلَغُ مِنْ بَعْضٍ فَأَخِيبُ أَنَّهُ صَادِقٌ فَأَقْضِي لَهُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ مُسْلِمٍ ^(١) فَإِنَّمَا هِيَ قِطْعَةٌ مِنَ النَّارِ فَلْيَحْمِلْهَا أَوْ يَدْرِهَا ^(٢))).

وجدير بالذكر أنه شاع بين الناس أن للحديث وظيفة سادسة وهي نسخ القرآن بالحديث النبوي، وهذا خطأ لا يُغتفر، لأن الحديث ولو كان متواتراً، أقلّ قوة من القرآن الكريم، والنسخ يكون لرفع التناقض بين دليلين متناقضين متكافئين في القوة الإلزامية، وبناءً على ذلك إذا حصل التناقض بين آية قرآنية وحديث من الأحاديث النبوية يجب ترك العمل بهذا الحديث المتناقض مع الآية ^(٣).

^(١) أي عائد لشخص آخر مسلم. وقيد (مسلم) ليس له مفهوم المخالفة لمساواة المسلم وغير المسلم في الحقوق الدنيوية والمعاملات المالية.

^(٢) صحيح مسلم ١٣٣٨/٣.

^(٣) لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا (التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن) موضوع شروط النسخ.



الفصل الثاني الحكم الشرعي

الحكم الشرعي العملي:- هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان والوقائع على وجه الاقتضاء أو التخيير أو الوضع.

تحليل مفردات هذا التعريف:

المخاطب: وهو المخاطب به من النصوص الشرعية الاصلية الموجهة الى الاسرة البشرية من الاوامر مثل قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾^(١) ومن النواهي مثل قوله تعالى: ﴿...وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ...﴾^(٢).

المتعلق:- أي المنظم والمبين لأحكام التصرفات التي تصدر عن الإنسان من حيث المشروعية وعدمها، ومن حيث الصحة والبطلان والفساد، ودور الوقائع في السببية والشرطية والممانعة.

التصرفات:- التصرف هو كل ما يصدر عن الإنسان من قول أو فعل، بإرادة حرة مدركة، بحيث يرتب عليه الشرع الأثر، سواء أكان مشروعاً أم لا، قولياً أم فعلياً. فالقولي المشروع كالعقود وغير المشروع كالقذف والغيبة والتيممة.

والفعلوي المشروع كإنقاذ الغريق، وغير المشروع كالقتل بدون حق. ويستنتج من التعريف المذكور ان التصرف الشرعي او القانوني يتوقف على توافر خمسة عناصر وهي:

(١) سورة البقرة / ٨٣.

(٢) سورة الاسراء / ٣٣.

١. أن يصدر العمل عن الإنسان فكل ما يصدر عن غيره كالحَيوان والطبيعة يكون واقعة.

٢. أن يصدر بإرادة فكل ما يصدر عن عديم التمييز كالصبي غير المميز والمجنون ومن في حكمهما فهو واقعة.

٣. أن يصدر بإرادة حرة فكل ما يصدر عن المكره والمضطر يكون واقعة.

٤. أن يكون بإرادة حرة واعية فكل ما يصدر عن النائم والساهي والخابي والغافل والسكران فاقد التمييز ونحو ذلك يكون واقعة.

٥. أن يُرتب عليه الشرع أو القانون أثراً يُعتدّ به، فالأقوال والأعمال الاعتيادية والاجتماعية لا توصف بالتصرف الشرعي أو القانوني ولا بالواقعة التي يرتب عليها الشرع أو القانون أثراً يُعتدّ به.

الوقائع:- الواقعة ما حدثت رغم إرادة الإنسان سواء كانت من نتائج فعله كحوادث السيارات، أو بقوة قاهرة كتحطم طائرة في الجو، أو حدثت بإرادة، لكن لم تكن مما يُرتب عليه الشرع أو القانون أثراً، كالمكالمات للتفاهم والأعمال الاعتيادية من الأكل والشرب والنوم ونحو ذلك، سواء كانت مادية كإتلاف المجنون مال الغير، أم معنوية كالجنون والقراة والعقل، وبالإضافة الى الوقائع المذكورة، فإن كل ما يصدر عن الحيوانات يُعتبر من الوقائع.

الاقتضاء:- هو طلب الفعل على وجه الحتم والالزام أو على وجه الاولوية والافضلية.

وطلب التارك على وجه الحتم والالزام أو على وجه الاولوية والافضلية.

التخيير:- ترك الحرية للإنسان في فعل شيء أو تركه.

الوضع:- هو جعل فعل الشيء سبباً أو شرطاً أو مانعاً أو عده صحيحاً أو باطلاً أو فاسداً.

أسباب اختيار هذا التعريف:

أ- لم أطلع في المراجع الاصولية على تعريف للحكم الشرعي يخلو من لفظة المكلف او المكلفين ويتطرق لذكر الوقائع التي هي من صميم الحكم الوضعي رغم عدم كونها في كثير من الاحيان من أعمال المكلفين.

ب- إن بعض علماء أصول الفقه^(١) عرف الحكم الشرعي بتعريف الحكم الشرعي التكليفي، ثم قسمه الى الحكم الشرعي التكليفي والحكم الشرعي الوضعي، رغم أنهما قسيما متباينان، فيكون ذلك من قبيل تقسيم الشيء الى نفسه وغيره وهو ما يرفضه المنطق والعقل.

ج- خلط رجال القانون بين الوقائع والتصرفات الفعلية الارادية للإنسان، فأدخلوا هذه التصرفات في الوقائع، مع أن الوقائع هي التي تقع رغم إرادة الإنسان، أو تقع بإرادته، لكن لا يرتب عليها الشرع أو القانون أثراً شرعياً أو قانونياً يُعتمد به، بالاضافة الى أن علماء القانون حصروا التصرف القولي في العقد والارادة المنفردة، وهذا مما ياباه المنطق والواقع.

أقسام الحكم الشرعي:

يستنتج من التعريف المذكور ان الحكم الشرعي ينقسم الى قسمين: التكليفي والوضعي ويخصص لكل منهما مبحث مستقل.

^(١) كما بن السبكي (جمع الجوامع).

المبحث الاول

الحكم الشرعي التكليفي

وهو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات المكلفين على وجه الاقتضاء او التخيير.
المكلف:- هو الإنسان الذي يتوافر فيه الشروط الخمسة التالية: (البلوغ والعقل والعلم بما يكلف به والقدرة على ما يكلف به، والاختيار).

واذا تعلق شرط من هذه الشروط لا يتوجه اليه التكليف لقول تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا^(١)﴾ ولقول الرسول (ﷺ): ((إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَا وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرِهُوا عَلَيْهِ))^(٢) وقوله (ﷺ): ((رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيْقَ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَكْبُرَ - أَوْ يَحْتَلِمَ -))^(٣).

أنواع الحكم الشرعي التكليفي:

الحكم الشرعي التكليفي ينقسم إلى خمسة انواع، أربعة منها مندرجة تحت تعبير (الاقتضاء) وخامسها مندرجة تحت تعبير (التخيير) وهي (الاباحة)، كما في الإيضاح الآتي:

١- الإيجاب:- هو اقتضاء (طلب) الفعل على وجه الحتم والالزام، وهو صفة الشارع والأثر المترتب عليه هو الوجوب (الحكم الفقهي) الذي هو صفة الفعل المطلوب فيكون المطلوب واجباً، الذي يُعرَف بأنه: ما طلب على وجه الحتم والالزام بحيث يستحق فاعله التقدير في الدنيا والثواب في الآخرة.
ويستحق تاركه اللوم والعقاباً، وتركه جريمة سلبية، لأن الركن المادي فعل سلبي

(١) سورة البقرة / ٢٨٦.

(٢) رواه ابن ماجه ١ / ٦٥٩ كتاب الطلاق.

(٣) أخرجه ابن ماجه ١ / ٦٥٨.

وهو الامتناع عن أداء الواجب ^(١).

الواجب والفرض:

وهما مترادفان عند جمهور الفقهاء والأصوليين، لأن المراد بكل منهما فعل طُلب على وجه الحتم والالزام، سواء أكان ثابتاً بدليل ظني كحديث الآحاد، أم بدليل قطعي الثبوت كآية من آيات القرآن، وقال البعض -كالحنفية- الفرض ما ثبت بدليل قطعي، كأداء الزكاة والأمر بالمعروف والتعاون على البر والتقوى ونحو ذلك.

الواجب ما ثبت بدليل ظني كصدقة الفطر والأضحية ونحوهما. ورأي الجمهور هو الأفقه، ما دام الفعل مطلوباً في الحالتين على وجه الالزام، سواء أكان المطلوب واجباً لذاته أم لغيره ^(٢).

٢- الاستحباب: وهو طلب الفعل على وجه الأولوية، وهو صفة الشارع وأثره الندب وهو صفة تصرفات الإنسان، والفعل المطلوب يسمى مندوباً ومستحباً وسنةً ونفلاً.

٣- التحريم: وهو طلب الشارع الكف عن الفعل على وجه الحتم والالزام والأثر المترتب على التحريم المحرمة، والتحريم صفة الشارع والمحرمة صفة تصرف الإنسان غير المشروع، والفعل المطلوب هو الإمتناع والكف عن المنهي عنه على وجه الحتم والإلزام، ويُسمى مُحَرَّماً وحراماً، وسيستحق فاعلة الذم والعقاب وتاركه بالنية يستحق التقدير والشواب مثل ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً

^(١) وبهذا يتضح الفرق بين الإيجاب والوجوب والواجب، فالأول حكم أصولي وصفة الشارع، والثاني حكم فقهي وصفة تصرف الإنسان المكلف، والثالث الفعل المطلوب وهو صفة الإنسان المكلف، وهكذا في بقية أنواع الحكم التكليفي.

^(٢) وقد ظن البعض -كصاحب جمع الجوامع- ١ / ٨٨ أن الخلاف لفظي، وهذا الظن غير صحيح، لأن الخلاف اللفظي لا ترتب عليه الآثار الخلافية، في حين ترتب على هذا الخلاف إختلاف الحنفية مع غيرهم -كالشافعية- في بعض المسائل الفقهية، منها أن الصلاة بدون فاتحة الكتاب مع القدرة عليها باطلة عند الشافعية وصحيحة عند الحنفية إذا قرأ ما يُعادلها من الآيات القرآنية الأخر، ومن الواضح أن قراءة الفاتحة في الصلاة ثبتت بدليل ظني وهو قول النبي (ﷺ) ((لَا صَلَاةَ لِمَنْ لَمْ يَقْرَأْ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ)) - أخرجه مسلم ٤ / ٣٤٣ كتاب الصلاة باب وجوب قراءة الفاتحة بشرح النووي.

وَسَاءَ سَيِّلاً^(١).

والمحرم كالواجب قد يكون لذاته كما سبق في جريمة الزنى وقد يكون لغيره كالخطبة على خطبة الغير في الزواج.

٤- الاستكراه:- وهو طلب ترك فعل على وجه الأولوية والافضلية كالتدخل في شؤون الغير بدون مبرر، وهو صفة الشارع، وأثره يُسمى كراهة، وهي صفة تصرف الإنسان، والفعل المطلوب تركه يُسمى مكروهاً.

٥- الاستباحة:- هي طلب الشارع ممارسة العمل والامتناع عنه على وجه التخيير وهي التسوية بين فعل الشيء وتركه وتخيير الإنسان بينهما دون لوم أو مدح أو ثواب أو عقاب كما في قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَحِلُّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ^(٢)﴾.

وجدير بالذكر ان علماء أصول الفقه استعملوا النذب كصفة للشارع وصفة لفعل الإنسان وكذلك فعلوا بالنسبة للكراهة والاباحة وهذا يتعارض مع المنطق السليم لذا استعملنا للشارع تعابير الاستحباب كصفة للشارع والاباحة وهي صفة فعل الإنسان والاستكراه للشارع والكراهة لفعل العبد، والاستباحة للشارع والاباحة لفعل الإنسان^(٣).

(١) سورة الاسراء / ٣٢.

(٢) سورة المائدة / ٥.

(٣) وجدير بالذكر ان بعض العلماء من الاصوليين كالإمام الغزالي (رحمة الله عليه) في كتابه المستصفى مكتبة الجندي. مصر ١٩٧٠. ص ٨٠. ان الأحكام الشرعية التكليفية خمسة وهي الواجب والمنسحب والمحرم والمكروه والمباح، مع أن هذه الأمور هي أفعال ثبت لها الحكم الشرعي التكليفي، فالواجب هو الفعل والحكم الثابت له هو الوجوب، والمكروه هو الفعل والحكم التكليفي الثابت له الكراهة وهكذا في بقية الأنواع فهو خلط بين الفعل الثابت له الحكم التكليفي وبين الحكم التكليفي نفسه.

المبحث الثاني الحكم الشرعي الوضعي

هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان اوبالوقائع الشرعية على وجه الوضع اي جعل الشيء سبباً لشيء آخر اوشروطا له او مانعا منه.

١- السبب:

وهو في اللغة ما يمكن التوصل به الى مقصود، ومنه سُمي الطريق سبباً. وفي اصطلاح الأصوليين: وصف ظاهر منضبط^(١) يرتب عليه الشارع حكماً يتحقق بتحققه وينتفى بانتفائه، كالقراءة جعلت سبباً للمراث والقتل العمد العدوان جعل سبباً للقصاص وهكذا.

السبب والعلة:

اختلفت آراء الأصوليين في الصلة بينهما.

أ- فمنهم من ذهب الى أنهما مترادفان.

ب- ومنهم من قال أن العلة قسيم السبب، على أساس أن العلة نوع من أنواع الحكم الوضعي.

ج- ومنهم من قال العلة أخص مطلقاً من السبب، فكل علة سبب دون العكس الكلي، لأن الإنسان إذا أدرك العلاقة بين السبب ومسببه، كالقتل للقصاص والاتلاف للتعويض، يكون السبب علة وإن لم يدرك عقل الإنسان الحكمة والربط بين السبب ومسببه، كدلك الشمس جعله الشارع سبباً لوجوب صلاة الظهر لا يكون هذا السبب علة.

^(١) لمزيد من التفصيل ينظر مؤلفنا اصول الفقه في نسيجه الجديد.

د- الرأي الذي نختاره ونوصي بالأخذ به هو ان العلة تختلف في حقيقتها وجوهرها عن السبب، لأن العلة في روح الشريعة الإسلامية هي الغاية لتطبيق الحكم الشرعي والحكمة المتوخاة من تشريعه، وهذه الغاية (أو الغرض) عبارة عن نتيجة تطبيق أحكام الله كما هو المطلوب، وهذه النتيجة هي جلب المنافع للناس ودرء المفساد عنهم فسبب وجوب القصاص هو القتل العمد العدوان وعلمته هي المحافظة على أرواح وسلامة الأبرياء.. وسبب وجوب الجلد هو الزنا، وعلمته هي المحافظة على الأعراض والأنساب، وسبب وجوب قطع اليد هو السرقة، وعلمته هي المحافظة على أموال الناس وهكذا. وهذا المعنى للعلة هو المقصود من كلام بعض فلا سفة المسلمين كالمعتزلة وغيرهم: (إن أحكام الله معللة بالأغراض). وقد عارضهم الآخرون كالاشاعرة، قالوا بعدم صحة هذا الكلام، لأنه يدل على نقص الشارع وحاجته إلى تشريع الأحكام. ولكن هذا زعم غير دقيق، لأن الأغراض والعلل والحكم والنتائج والمصالح لتشريع الأحكام وتطبيقها، إنما هي بالنسبة للمكلفين بتنفيذ هذه الأحكام دون من شرعها وامر بتطبيقها.

٢- الشرط:

الشرط في اللغة العلامة، ومنه قوله تعالى: ﴿فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا^(١)﴾ أي علاماتها.

وفي الاصطلاح الشرعي أو القانوني ما يتوقف عليه الشيء وجوداً أو صفة دون ان يكون جزءاً من حقيقته بحيث يلزم من عدمه العدم ولكن لا يلزم من وجوده الوجود كحضور الشاهدين في عقد الزواج فلا يلزم من الحضور اكمال الزواج لكن يلزم من عدمه عدم صحته عند جمهور الفقهاء^(٢).

^(١) سورة محمد / ١٨.

^(٢) أما عند الشيعة الإمامية فليس شرطاً لصحة الزواج.

أنواع الشرط من حيث مصدره:

أ- الشرط الشرعي:- وهو وصف ظاهر منضبط جعل الشارع وجوده ضرورياً لانعقاد التصرف أو صحته^(١) أو نفاذه^(٢) أو لزومه^(٣).

ب- الشرط العقلي:- هو الذي يتوقف عليه وجود الشيء بمقتضى العقل كالحياة للمعلم.

ج- الشرط العادي:- هو الذي يتوقف عليه وجود الشيء عادة كنصب السلم لصعود السطح.

د- الشرط القانوني:- هو الذي يكون مصدره القانون كالشروط القانونية لتعيين الموظف في الدوائر وقبول الطالب في الكليات.

هـ- الشرط الجعلي أو الشرط اللغوي:- وهو الشرط الذي يكون مصدره إرادة المتعاقدين وعبرة عن جملة شرطية مصدرة بأداة من أدوات الشرط مثل شرط كون نفقات تسليم المبيع على البائع^(٤).

٣- المانع:

المانع في اللغة العائق وما يكفك عن القيام بعمل، وفي اصطلاح الأصوليين وصف إرادي^(٥) إذا اجتمع مع سبب الحكم أبطل مفعوله (تأثيره) وجعله سبباً سورياً، أو منع ترتب الحكم على سببه رغم بقائه سبباً حقيقياً.

أنواع المانع:

ينقسم المانع بمشيات مختلفة الى أنواع متعددة منها:-

^(١) كالتنية في الوضوء. فهي شرط لصحة الصلاة.

^(٢) مثل كمال: اهلية الانسان لنفاذ تصرفاته.

^(٣) كعدم وجود عيب خفي في للبيع في عقد البيع للزومه.

^(٤) ينظر في تفصيل الشرط وأنواعه مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد ج ٢، ص ٢٧٤. وما بعدها.

^(٥) المانع الارادي كقتل الوارث لمورثه بإرادته فإنه مانع من أن يرث منه.

- أ- مانع الحكم:- قد يتحقق السبب الشرعي وتتوافر شروطه ولكن لا يترتب عليه الحكم لوجود مانع بناءً على قاعدة (إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع) كالقتل فإنه مانع من الميراث رغم تحقق سببه كالقربان والزوجية.
- ب- مانع السبب:- وهو الذي يكون مبطلاً لأصل السبب وحقيقته بحيث يجعله سوريا كالدين فإنه جعل عند بعض الفقهاء مانعاً لوجوب الزكاة رغم وجود النصاب، لأن من يملك مليون دينار مثلاً، ويكون مدينأ بنفس المبلغ، فلا تجب عليه الزكاة^(١).

^(١) ينظر في تفصيل الموانع مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد ج ٢، ص ٢٥٥ وما بعدها.



الفصل الثالث

المصادر الكاشفة لأحكام الشرعية

سبق أن ذكرنا في الفصل الاول أن القرآن دستور إلهي خالد، عدل الدساتير الإلهية السابقة، واحتفظ بأمهات أحكامها التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، وأضاف إليها أحكاماً جديدة تتناسب مع نضج العقل البشري. ومن الواضح أن وظيفة الدستور تصميم بناء الحياة، وتخطيط تنظيمها في قواعد كلية.

وقد صنع القرآن الكريم دائرة من الأخلاق، وأمر في أكثر من خمسين آية قرآنية العقل البشري بأن يتحرك وأن يقوم بإرجاع الجزئيات الى تلك الكليات في كل زمان ومكان حسب مستلزمات الحياة ومقتضياتها شريطة أن لا يخرج من تلك الدائرة الأخلاقية، وبذلك نبهنا القرآن الكريم على أن العقل والنقل صنوان، كل منهما يكمل الثاني، فالتنقل بدون العقل لا يدفع الإنسان الى إرجاع الجزئيات الى الكليات بصورة واقعية، كما أن العقل وحده قاصر لا يكفي لأداء رسالته على وجه أتم وأكمل. لهذا بل لأكثر من هذا، إكتشف علماء الإسلام من الأصوليين والفقهاء، طرقاً متعددة، تُساعد المجتهد والمفتي والقاضي على إرجاع الجزئيات والمستحدثات الى تلك الكليات التي هي من الوحي الالهي فلا تقبل الخطأ ولا تعرف التخلف وترفض كل جمود للعقل البشري وكل تقيد بمذهب معين.

ومن أهم تلك الطرق الاكتشافية التي تسمى عند الأصوليين (المصادر التبعية): الاجماع والعرف والسوابق القضائية للخلفاء الراشدين وفقهاء الصحابة التي تسمى (قول الصحابي)، وشرع من قبلنا. فهذه الطرق الأربع (أو المصادر الكاشفة لأحكام

الله) نقلية لانتقالها من الجيل السابق الى الجيل اللاحق كما هي، ويخصص لدراستها مبحث مستقل.

وبالإضافة الى تلك المصادر النقلية، هنالك خمسة مصادر عقلية وهي: القياس والاستحسان، والمصلحة، وسد الذرائع، والاستصحاب: وتتناول دراستها في مبحث ثان.

المبحث الأول

المصادر الكاشفة النقلية

ونتاول في هذا المبحث دراستها بإيجاز حسب التسلسل المذكور:

أولاً: الاجماع؛

وهو لغة الاتفاق مطلقاً. وفي اصطلاح أهل الشرع إتفاق جميع المجتهدين من أمة محمد في عصر من العصور على حكم شرعي إجتهادي لسند. ويؤخذ من هذا التعريف أن الاجتهاد الشرعي يتوقف على توفر ستة عناصر وهي:-

١- أهلية الاجتهاد ولتحقق هذه الأهلية من الضروري توفر العناصر الثلاثة الآتية:-

أ- فهم روح وجوهر الشريعة الإسلامية وأهدافها.

ب- فهم روح وجوهر الحياة ومتطلباتها.

ج- فهم جوهر العلاقة بين الحياة والشريعة الإسلامية.

فكل من تتوفر فيه هذه العناصر يكون أهلاً للاجتهاد، سواء كان ذكراً أم أنثى، عادلاً أم فاسقاً.

والاتفاق الجماعي لم يتحقق لمجتهد أمة محمد (ﷺ) إلا في عصر الصحابة قبل إنتشارهم في الأقطار الإسلامية، والاجماع إما صريح إذا إتفق الجميع على الحكم

قولاً أو عملاً أو قضاءً، وإما سكوتي إذا أفتى البعض في الموضوع وسكت الباقون دون معارضة ظاهراً أو باطناً، كما في قضاء سيدنا عمر رضي الله عنه بإيقاف نصيب (المؤلفة قلوبهم) وسكوت بقية الصحابة وعدم معارضتهم.

٢- أن يكون المجتهدون كلهم من أمة محمد.

٣- أن يكون الاتفاق واضحاً بالقول أو العمل أو القضاء بعد فهم الموضوع.

٤- أن يكون الاتفاق بعد عصر الرسالة لأن المتفقين إذا كان معهم الرسول ﷺ يكون مصدر الحكم السنة النبوية دون الاجماع، وإن خالفهم فالاجماع لا ينعقد ولا يعتد به.

٥- أن يكون الحكم شرعياً سواء أكان دينياً أم دنيوياً.

٦- أن يكون للاجماع سند شرعي، وهو إما نص من القرآن أو السنة النبوية أو مصلحة شرعية.

وجدير بالذكر أن الاجماع لا يلجأ إليه أو لافائدة فيه عند وجود نص شرعي دال على الحكم المطلوب دلالة قطعية، أما إذا كان محتملاً لأكثر من معني أو كان النص ظني الثبوت بأن يكون من أحاديث الآحاد تكون فائدة الاجماع تحديد المعنى المراد من النص الظني الدلالة وصحوة النص ظني الثبوت دليلاً قطعياً بوساطة الاجماع، كالاجماع على أن لجدة السدس إستناداً إلى قول الرسول ﷺ (أعطوا الجدة السدس).

حجية الاجماع:

١- الاجماع الصريح حجة قطعية باجماع علماء الإسلام.

٢- الاجماع السكوتي حجة ظنية.

وفي رأينا المتواضع يكون إتفاق الاكثرية من المجمعين حجة يهوز العمل به.

ثانياً: العرف:

وهو في اصطلاح أهل الشرع ما يتكرر إستعماله من فعل أو قول حتى يكتسب صفة الاستقرار في النفوس والتقبل في العقول والرعاية في التصرفات الشرعية والقانونية^(١).

عناصر العرف (مادي ومعنوي).

- أ- العنصر المادي: هو الفعل أو القول المتكرر إستعماله.
- ب- العنصر المعنوي (النفسي): وهو صفة التقبل والاحترام والالتزام وهذان العنصران من الأركان أما شروط العمل فهي الآتية:-
- ١- أن يكون صحيحاً، أي لا يُخالف دليلاً من الأدلة الشرعية ولا قاعدة من قواعدها الأساسية.
- ٢- أن يكون مطرداً فإن كان مضطرباً بان يطبق في بعض الحالات ويترك في حالات أخرى لا يصلح أن يكون مصدراً كاشفاً للحكم.
- ٣- أن يكون سابقاً وجوده على الواقعة التي يطبق فيها ويبنى عليه حكمها.
- ٤- أن يكون عاماً في الأحكام العامة وخصوصاً في الأحكام الخاصة.
- ٥- أن لا يتفق طرفاً العلاقة على العمل بخلاف مقتضى العرف السائد وإلا فيُقدم العمل بالإتفاق على العمل بالعرف.

انواع العرف:

ينقسم العرف الى أنواع متعددة بميشتات مختلفة منها:-

(أ) من حيث النطاق عام وخاص:

- ١- العرف العام: الذي لا ينص إقليماً دون آخر كالأعراف الدولية المعمول بها في جميع الدول، مثل عدم تدخل كل دولة في شؤون دولة أخرى باعتباره مساساً بسياساتها.

^(١) وهذا التعريف من مقترحنا في مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد.

٢- العرف الخاص: وهو ما يخص إقليمًا معينًا أو أقاليم محددة كاللبسة الكردية والعربية وتقديم بعض المهر وتأجيل بعضه.

(ب) من حيث النفع والضرر صحيح وفاسد:-

١- العرف الصحيح: هو الذي لا يكون مخالفًا للنظام العام والآداب العامة كبيع السلع بالأقساط وضمان الشركات لسلامة البضاعة أو السلعة المباعة مدة معينة.

٢- العرف الفاسد: هو الذي يكون مخالفًا للنظام العام والآداب العامة مثل كشف النساء في هذا العصر لعوراتهن وتبرجهن تبرج الجاهلية الأولى.

(ج) ومن حيث الطبيعة لفظي وعملي:

١- العرف اللفظي: كعرف العرب في إطلاق الولد على الذكر.

٢- العرف العملي:- كتقديم بعض المهر وتأجيل بعضه.

حجية العرف:

العرف الصحيح حجة، للأدلة الآتية:

١- القرآن الكريم: نص القرآن الكريم على تعبير العرف أو المعروف في آيات كثيرة، منها قوله تعالى في بيان الحقوق والالتزامات الزوجية بمقتضى العرف السائد: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ^(١)﴾.

أي يجب على كل من الزوجين الوفاء بالتزاماته الزوجية وأداء حقوقه تجاه الآخر في ضوء العرف الصحيح السائد في بلدهما

٢- السنة النبوية: قال الرسول (ﷺ) (مارأه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن، وما رآه المؤمنون قبيحا فهو عند الله قبيح).

٣- الاجماع: أجمع الفقهاء والعقلاء على أن العرف الصحيح السائد يجب مراعاته في التصرفات وفي الحقوق والالتزامات.

٤- العقل السليم يقضي بضرورة رعاية الاعراف الصحيحة دوليا وداخليا وأن مخالفتها تعرض المخالف للنقد واللوم والاتصاف بالاهمال والتقصير.

ثالثاً: السوابق القضائية لفقهاء الصحابة :

لأنهم نشأوا في مدرسة الرسول، ووعوا حكمَ أحكام القرآن وأسبابَ نزول آياته، إضافة إلى الفهم الصحيح لحل ما هو فيه نفع الفرد أو المجتمع أو كليهما وحرمة كل ما فيه ضرر الفرد أو المجتمع أو كليهما.

وفي ضوء هذا الفهم الصحيح أفتوا وقضوا ثم أصبح ذلك مصدرا خصبا لفقهاء الذين أتوا بعدهم.

ومن تطبيقاته:- قضاء عمر بن الخطاب ؓ في خلافته بإيقاف عقوبة السارق إذا دفعته الحاجة إلى ارتكاب السرقة. وقضاء عثمان بن عفان ؓ في خلافته بميراث زوجة يطلقها زوجها في مرض موته، لأنه يُتهم بأن الطلاق كان بقصد سيء وهو حرمان الزوجة من الميراث.

وكقضاء الصحابي الجليل عبدالله بن مسعود بأن من مات عن زوجة لم يدخل بها ولم يحدد لها مهرًا:- لها الميراث منه ولها مهر مثلها من تركته وقد أجمع جميع فقهاء الشريعة الذين أتوا من بعدهم على أن هذه السوابق القضائية وغيرها حجة يجب على القاضي والمفتي أن يعمل بمقتضاها.

رابعاً: شرع من قبلنا:

أي الشرائع الإلهية التي نزلت على الرسل قبل رسالة محمد كشريعتي موسى وعيسى عليهما السلام ما لم تكن مُحَرَّفَةً.

ومن المؤسف أن نرى أن علماء أصول الفقه خصصوا في مؤلفاتهم مساحات واسعة لخلافاتهم وأدلتهم حول حجية تلك الشرائع بالنسبة للمسلمين.

وفي رأينا المتواضع أن الخلاف في هذا المصدر الكاشف ضياع للعمر والوقت والخبر والورق، لأن المسألة واضحة وضوح الشمس في نصف النهار، بعد أن بيّن لنا القرآن أن شريعة كل رسولٍ سابقٍ خاصةً بأمته، وأن الدين مشترك بين جميع الأسر البشرية

حيث قال سبحانه وتعالى في التمييز بينهما:

أ- ﴿.. لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا^(١)...﴾.

ب- وقال في عمومية الدين وهو الايمان بالله ومايتفرع عنه من المغيبيات وإشتراك جميع الناس فيه في كل زمان ومكان وجوب العمل بمقتضاه: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ...^(٢)﴾.

وقال ﴿قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلَّا نَعْبُدَ إِلَّا اللَّهَ وَلَا نُشْرِكَ بِهِ شَيْئًا وَلَا يَتَّخِذَ بَعْضُنَا بَعْضًا أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَقُولُوا اشْهَدُوا بِأَنَّا مُسْلِمُونَ^(٣)﴾.

وبعد هذا الايضاح من القرآن الكريم في التمييز بين الشريعة التي هي خاصة بامة كل رسول وبين الدين الذي هو مشترك بين جميع الناس مادامت الحياة باقية على كوكب الأرض، فلا مبرر لتلك الخلافات في كتب أصول الفقه رغم عدم وصولهم الى دليل مقنع. وحكمة هذا التمييز هو أن الشريعة تنظم الحياة الدنيوية وأن الدين ينظم الحياة الأخروية. وكل ماذكر في القرآن الكريم بالنسبة للدين من الشرائع السابقة فهو شرع لنا بلا خلاف.

(١) سورة المائدة / ٤٨

(٢) سورة الشورى / ١٣

(٣) سورة آل عمران / ٦٤

المبحث الثاني

المصادر الكاشفة العقلية

أهم المصادر الكاشفة العقلية التي مصدر إدراكها عقل الإنسان: القياس، والاستحسان، والمصلحة، وسد الذرائع، والمصالح.

أولاً: القياس:

التعريف الحقيقي للقياس في رأينا المتواضع هو إرجاع المستحدثات الجزئية الى كليات القرآن والسنة النبوية المعقولة المعاني (أي التي يدرك العقل عللها وغاياتها وحكمها).

أما الكليات التعبدية فلا يجوز فيها القياس وعلى سبيل المثال تخصيص شهر رمضان المبارك بالصيام حكم تعبدى فلا يجوز نقل هذا الصيام الى شهر آخر عن طريق القياس.

ولكن يجوز قياس حرمة إحراق مال اليتيم على أكله بجامع الضرر في التحريم، لإدراك عقل الإنسان لحكمة هذا التحريم، وهي حماية حقوق اليتيم التي لا يتمكن أن يدافع عنها بنفسه، كما جاء في قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا^(١)﴾

وعرفه علماء أصول الفقه بأنه إلحاق واقعة لم يرد بشأنها نص بواقعة أخرى منصوص عليها بنص خاص في الحكم لمشاركتها في علة هذا الحكم. كقياس الموصى له القاتل للموصى، والموهوب له القاتل للواهب على الوارث القاتل لمورثه في حرمان الأول من الوصية والثاني من الهبة والثالث من الميراث لعلة مشتركة وهي (من استعجل الشيء قبل أونه عوقب بحرمانه) وبنوا على هذا التعريف قولهم بأن:

(١) سورة النساء/١٠٧.

أركان القياس الشرعي أربعة وهي:

- ١- المقيس عليه: كالوارث القاتل لمورثه.
- ٢- المقيس: كالموصى له القاتل للموصي والموهوب له القاتل للواهب.
- ٣- العلة المشتركة: وهي الاستعجال في الحصول على مال قبل حلول وقته.
- ٤- الحكم: وهو الحرمان الثابت في المقيس عليه بنص خاص ونقله إلى المقيس عن طريق القياس.

وقد خصص علماء أصول الفقه في مؤلفاتهم والباحثون في بحوثهم مساحات واسعة لاستعراض الأدلة على حجية القياس من القائلين بها كالجهور، وعدم حجيته من الرافضين لهذه الحجية كالشيعة الإمامية والظاهرية.

وقد خصص أكبر فقيه تقدمي وهو ابن قيم الجوزية (رحمه الله) زهاء ٣٠٠ صحيفة من كتابه (إعلام الموقعين) لاستعراض تلك الأدلة وهذه الجهود من العلماء والفقهاء مع تقدير مكانتهم العلمية تعد من ضياع العمر والوقت للذين لا يعوضان أبداً وكل ذلك كان مبنياً على أساس خلطهم بين كون القياس حجة كاشفة لحكم الله وبين كونه حجة منشئة.

لأننا إذا اعتبرناه حجة كاشفة فلا مبرر للخلاف في هذه الحجية أما إذا اعتبرناه حجة منشئة للحكم فإن من البدييات أن الأحكام الشرعية مصدرها هو الله كما قال تعالى: ﴿إِن الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ^(١)﴾.

أنواع القياس:

ينقسم القياس من حيث قوة وضعف العلة المشتركة إلى القياس الأولي، والقياس المساوي، والقياس الأدنى:-

- ١- القياس الأولي: هو أن تكون درجة العلة المشتركة في المقيس أقوى منها في المقيس عليه كقياس ضرب الوالدين على التأفيف في التحريم الثابت بقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفْ وَلَا تَنْهَرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا^(١)﴾.

والعلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه هي إيذاء قلوب الوالدين إيذاءً مادياً أو معنوياً. ومن الواضح أن الإيذاء في الضرب أقوى شدة منه في التأنيب والضجر.

٢- القياس المساوي: وهو أن تكون العلة المشتركة متساوية كقياس إحراق مال اليتيم على أكله في التحريم يجمع الضرر ومن الواضح أن الضرر في كلتا الحالتين متساو في الحجم والمقدار.

٣- القياس الأدنى: وهو أن تكون العلة في المقيس أدنى قوة من المقيس عليه كقياس أبي حنيفة (رحمه الله) جواز زواج البنت البالغة العاقلة الرشيدة بدون إذن وليها قياساً على صحة تصرفها في مالها الخاص كبيع سيارتها الخاصة مثلاً بدون إذن وليها.

ومن الواضح أن موضوع الزواج يختلف عن موضوع التصرف في المال الخاص لأن الأول يتعلق بسمعة أسرة البنت بقرينة أن الإمام أبا حنيفة (رحمه الله) نفسه قال (وتنسب إليها الوقاحة) ثم إن للولي حق التربية عليها وهو ذلك.

ثانياً: الاستعسان؛

وهو استثناء بعض الجزئيات من قاعدتها الكلية رعاية لمصلحة أو ضرورة أو عرف صحيح.

ومن تطبيقاته:-

١- أن القاعدة العامة في قانون الخدمة المدنية أو العسكرية أن الموظف الحكومي أو المكلف بخدمة عامة لا يستحق المرتب التقاعدي إلا أن يكون له خدمة فعلية لا تقل عن خمس عشرة سنة مثلاً.

ويستثنى من هذه القاعدة رعاية للمصلحة من إستشهد أثناء أداء واجبه من جرائه وهو يعمل لمصلحة عامة كالجيش الشعبي في النظام السابق في العراق وبیشمه ركه في كوردستان العراق.

ب- القاعدة العامة في أهلية الزواج إكمال الثامنة عشرة من العمر، لكن جاز شرعاً وقانوناً على أساس الاستحسان والاستثناء من القاعدة العامة، زواج من أكمل الخامسة عشرة، بالنسبة لبنت تتوافر فيها القابلية البدنية، بإذن وليها والقاضي، كما في حالة تركها الدراسة وعدم وجود معيل متمكن يُنفق عليها.

ثالثاً: المصلحة:

وهي المنفعة المستجلبة والمفسدة المستدراة، سواء أكانت عامة أم خاصة مادية أم معنوية، دنيوية أم أخروية.

وهذا المصدر العقلي يعد من أهم طرق إكتشاف أحكام الله وتتغير الأحكام المبنية عليها حسب تغيرها في كل زمان ومكان.

وأهمية المصلحة المشروعة تتجلى في أن القرآن الكريم حصر أهداف الرسالة المحمدية في تحقيق مصالح الناس المشروعة، عامة كانت أم خاصة في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ^(١)﴾ والرحمة في هذه الآية هي المصلحة البشرية لأن الله تعالى غني مطلق عن طاعة الإنسان، فلو إستغرق وقته في العبادة والطاعة لمازاد مثقال ذرة من عظمته، وكذا لو أفنى الإنسان عمره كله في الضلال والزندقة والالحاد، لما نقصت ذرة من عظمته، فكل أمر من الله إنما هو لنفع المأمور به وكل نهى عن شيء ليس بالاستبعاد الضرر عنه.

اقسام المصلحة:

قسّم علماء الإسلام المصلحة بمحيثات مختلفة إلى أقسام متعددة كما يلي:

١- من حيث الاعتبار وعدمه، قُسمت المصلحة الى المعبرة وغير المعبرة والمرسلة.

١- المصلحة المعبرة: هي التي نص الشارع على إعتبارها ورعايتها في الأحكام

كمصلحة حماية الارواح في إيجاب القصاص على الجاني في قوله تعالى:

﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ^(٢)﴾.

(١) سورة الانبياء/١٠٧

(٢) سورة البقرة/١٧٩

٢- المصلحة غير المعتمدة:- وهي التي نص الشارع على إلغائها في باب الأحكام، كمصلحة الغشاش في كسب الأرباح عن طريق الغش. قال الرسول (ﷺ) ((مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا)).

٣- المصلحة المرسل (أو المطلقة):- وهي التي لم يرد بشأنها نص على اعتبارها أو عدم اعتبارها كمصلحة تنظيم المرور في العصر الحديث لحماية الأرواح والأموال، ومصلحة تنظيم الرسوم الكمركية حماية للمصلحة الاقتصادية الوطنية.

وفي رأينا المتواضع أن هذا التقسيم الثلاثي غير وارد في شرع الله، لأن هذا النوع الأخير إذا كان من شأنه أن يخدم المصالح المعتمدة يعدّ منها كالمصالح المكملة لها، وإذا كان من شأنه أن يساعد على تحقيق المصالح غير المعتمدة، فيكون منها وبناء على ذلك لا مبرر لهذا التقسيم التقليدي القديم.

فالمصلحة قسمان إما معتبرة أو غير معتبرة في شرع الله ولا ثالث لهما.

ب- من حيث الأهمية قسم علماء الإسلام المصلحة المعتمدة الى الضرورية والحاجية والتحسينية:-

القسم الأول: المصالح الضرورية: هي المقاصد الرئيسة للشريعة الإسلامية، ووجه كونها ضرورية، هو أن كل مجتمع إذا تخلفت فيه مصلحة من المصالح الضرورية يختل نظام هذا المجتمع، سواء أكان مجتمعاً إسلامياً أم غير إسلامي.

وقد قُسمت المصلحة الضرورية عند علماء أصول الفقه وغيرهم الى خمسة أنواع وهي: حماية الدين، وحماية النفس ومادون النفس، وحماية النسب والعرض، وحماية الأموال، وحماية العقول.

أولاً: حماية الدين: من الضروري إعتناق كل إنسان للإسلام الذي هو آخر دين إلهي نزل للمصلحة البشرية، والالتزام بهذا الدين من ضروريات حياة كل إنسان، لأن من لا دين له لا إلتزام له، ومن لم يكن ملتزماً لا يكون صالحاً لأن يكون عضواً في مجتمعه، ولا أهلاً لتحمل أية مسؤولية دينية.

ثانياً: حماية الحياة: والحياة وصحتها من الضروريات للإنسان لأداء رسالته تجاه ربه ونفسه والمجتمع فهذا الأداء يتوقف على إستمرارية الحياة وسلامة الجسد.

ثالثاً: حماية العرض: من ضروريات حماية كرامة الإنسان وشرفه وأخلاقه. وقد قيل:

وإنما الأمم الأخلاق ما بقيت فإن هم ذهبت أخلاقهم ذهبوا
رابعاً:- حماية الأموال:- وهي من ضروريات إستمرارية الحياة ومن مقوماتها الرئيسية.

خامساً: حماية العقول:- لان العقل ميزة وحيدة تميّز الإنسان من الحيوانات، فالإنسان والحيوان يشتركان في كل شيء من مقومات الحياة، الا العقل وبه يتقدم الإنسان ويطور حضارته، ويؤمن سعادته.

القسم الثاني: المصالح الحاجية:- وهي تلي في الأهمية المصالح الضرورية في حياة الإنسان كالحاجيات التي تساعد على حماية المصالح الضرورية فكل ما يدخل في العالم التكنولوجي يُعدّ من المصالح الحاجية، وجميع وسائل المواصلات البرية والبحرية والجوية وطرق الاتصالات السلكية واللاسلكية وعلاقات الشعوب والاستفادة من الخبرات المتبادلة وإحتتام النظام الداخلي والدولي ونحو ذلك كلها تُعدّ من المصالح الحاجية.

القسم الثالث: للمصالح التحسينية:- وهي تلي في الأهمية المصالح الضرورية والحاجية.

ومن تطبيقاتها العملية في هذا العصر السفرات السياحية للراحة النفسية والزيارات المتبادلة بين الأقارب والأصدقاء لتقوية الصلة، وزيارة المرضى وتقديم الهدايا بالمناسبات والتحيات المتبادلة عند اللقاءات والاستمرار على الرياضة النفسية والجسمية والحفاظ على النظافة وحماية البيئة من التلوث ونحو ذلك كلها تعد من المصالح التحسينية.

وجدير بالذكر أننا لا نجد في المراجع التي تناولت هذه التقسيمات معياراً موضوعياً للتمييز بينها فكم من المصالح الحاجية أصبحت من ضروريات الحياة، وكم

ما كانت من التحسينات أصبحت اليوم -بمقتضى تطور الحياة- من الضروريات والحاجيات.

وبناءً على هذه الحقيقة فإن توصيف المصلحة بأنها من الضروريات أو الحاجات أو التحسينات خاضع للظروف وتطورات الحياة في كل زمان ومكان.

رفع التعارض بين المصالح المتعارضة:

إذا وقع تعارض بين مصلحتين يرفع في ضوء المعايير الآتية:-

١- إذا تعارضت مصلحة الدين مع مصلحة الحياة تقدم الأولى على الثانية لأهمية الدين والعقائد في حياة الإنسان، لذا شرع الجهاد للدفاع عنه.

٢- إذا تعارضت مصلحة الحياة مع مصلحة حماية العرض تقدم الثانية على الأولى، لأن الاخلال بها يمس كرامة الإنسان وشرفه وقيمه وأخلاقه.

٣- إذا تعارضت مصلحة الحياة مع مصلحة حماية المال تقدم الأولى على الثانية لأن الثانية تُعوّض بعد فواتها، بخلاف الأولى، لذا تكون رعاية حماية الأرواح أولى من رعاية حماية الأموال.

٤- عند التعارض بين المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية تقدم الأولى على الثانية والثالثة، وتقدم الثانية على الثالثة حسب الأهمية.

٥- في التعارض بين المصلحة العامة والخاصة تُقدّم الأولى، لأن الخاصة تتحقق ضمن العامة ولو كان هذا التحقق بنسبة جزئية، بخلاف الثانية لأن المصلحة الخاصة لا تستلزم غالباً تحقيق المصلحة العامة.

٦- في حالة تعارض المصلحة المحققة والاحتمالية تقدم الأولى لذا تقدم مصلحة الزوجة في الحكم بوفاة زوجها المفقود بعد مدة يحددها الشرع أو القانون لأن بقاء الزوج في الحياة أمر مشكوك فيه.

٧- إذا تعارضت منفعة ومضرة (مفسدة) فإن كانتا متساويتين في الدرجة أو كانت المفسدة أكثر من المصلحة يقدم درء المفسدة على جلب المصلحة. أما إذا كانت المصلحة أهم من درء المفسدة فإنها تقدم رغم وجود المفسدة كالحكم على المجاني بعقوبة سالبة للحرية.

ومن الواضح أن في عقوبة الجاني ضرره وضرر أسرته وقد يكون فيها ضرر المجتمع بأن يكون المحكوم عليه طبيباً أو استاذاً جامعياً غير أن مصلحة هذه العقوبة أهم وأكثر من ضررها وذلك لحماية الأرواح والأموال والأمن والاستقرار.

٨- إذا تعارضت مفسدتان، يُختار أهونها شراً، لدرء أشدهما ضرراً، لذا يجوز في الشرع والقانون قطع الرجل المصابة بالسرطان، لأن مفسدة ومضرة إنتشاره في الجسم كله أكثر وأخطر.

أهمية المصلحة:

للمصلحة أهمية كبيرة في المجالين الشرعي والقانوني لأن القانون يُشرع ويُعدل ويُلغى على أساس رعاية المصلحة، ولأن النصوص الفامضة في الشرع والقانون يمكن إزالة غموضها في ضوء المصلحة.

رابعاً: الذرائع فتحتها وسدها:

الذرائع جمع ذريعة وهي لغة الوسيلة وفي الإصطلاح الشرعي والقانوني إعطاء الوسيلة حكم غاياتها على أساس أن الاعتداد يكون بالنوايا والمقاصد والنتائج.

وقد وردت هذه القاعدة العامة على لسان الرسول (ﷺ) في قوله (إنما الاعمال بالنيات) كما وردت في القاعدة الشرعية والقانونية (العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني).

أقسام الذرائع:

تنقسم الذرائع من حيث مقاصدها الى أربعة أنواع:-

١- مشروعية الوسيلة والغاية معاً. كمنح الجوائز للطلبة الأوائل لغرض المنافسة في التفوق العلمي فتجب على الدولة فتح هذه الذريعة لانها تخدم المصالح العامة والخاصة.

٢- عدم مشروعية الوسيلة والغاية معاً كصنع أسلحة الدمار الشامل للاعتداء بها على الغير فيجب على الدول في العالم كافة مكافحة صنع هذا السلاح وسده.

٣- وسائل غير مشروعة في ذاتها ومشروعة في غاياتها كوسيلة عقوبة الجاني فهي غير مشروعة في ذاتها لأنها ضرر كما ذكرنا ولكنها مشروعة من حيث الغاية السامية التي تحققها وهي حماية مصالح المجتمع في أرواحه وأمواله وأعراضه وأمنه. لذا أقرتها الشرائع الالهية والقوانين الوضعية مشروعيتهما وتشريع العقوبات وتطبيقها من القاضي وتنفيذها من السلطة التنفيذية.

٤- الوسيلة مشروعة في حد ذاتها ولكنها غير مشروعة بالنظر إلى غايتها كتقديم شخص هبة الى امرأة بقصد بناء العلاقة غير المشروعة معها أو لغرض إستمرارية هذه العلاقة، لذا أقرت الشريعة والقانون بطلان هذه الهبة.

خامساً: الاستصحاب:

وهو لغة:- مأخوذ من المصاحبة. وفي الاصطلاح إستدامة حكم سابق في زمان لاحق بناءً على عدم ثبوت مزيله.

أنواعه:

ينقسم الاستصحاب من حيث الأساس الى الانواع الأربعة الآتية:-

١- إستصحاب الاباحة الأصلية للأشياء النافعة:- إستنادا الى آيات قرآنية كثيرة منها قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً^(١)﴾ وجه الدلالة أن اللام في قوله (لكم) للنفع أي أن فلسفة خلق خيرات الأرض هي المصلحة البشرية من المنفعة المستجلبة. وينبني عليها أن جميع ما في الأرض على ظهرها أوطانها مشتركة بين الاسرة البشرية على أساس الاباحة الأصلية لاعلى أساس الشيوعية، لأن الثانية لا تكون الا بعد تحقق الملكية.

٢- إستصحاب حكم الهاء الأصلية:- من البدهي أن الإنسان حين يولد تكون ذمته بريئة من كل إلتزامات مدنية وجنائية، وله قبل الولادة أهلية الوجوب الناقصة (صلاحية كسب بعض الحقوق التي لا تحتاج الى القبول) وبعد الولادة له

أهلية الوجوب الكاملة (وهي الصلاحية لأن يكون له بعض الحقوق وعليه بعض الالتزامات) كوجوب نفقة أقاربه عليه من الفقراء إذا كان له مال. وإذا اتهم بأنه مدين للغير أو أنه ارتكب جريمة فعلى القاضي أو المفتي أن يعتبره أنه لا تزال ذمته بريئة عن تلك التهمة إستصحاباً للأصل حتى يثبت خلاف ذلك.

٣- إستصحاب حكم ثابت بسبب شرعي أو قانوني حتى يثبت زوال هذا السبب: وعلى سبيل المثل من تزوجت من رجل ثم بعد مدة طلبت تزويجها من زوج آخر أمام القضاء، فعليها أن تثبت أن الزوج الأول قد توفي أو طلقها وإنتهت عدتها وخلاف ذلك على القاضي رد الدعوى وعدم تنفيذ طلبها لأن المفروض أن السبب السابق (الزواج) لا يزال مستمراً إستصحاباً. وكذا من تملك مالا بطريقة مشروعة تستمر هذه الملكية إستصحاباً حتى يثبت زوالها بالبيّنة.

٤- إستصحاب الصفة الأصلية:- وهذا النوع الأخير من إستنتاجاتي ولم أطلع على مرجع أصولي يتطرق له صراحة

ومن الواضح أن لكل شيء صفات أصلية وصفات عرضية فالأصل في الصفات الأصلية هو البقاء إستصحاباً، كما أن الأصل في الصفات العارضة هو عدمها. وبناء على ذلك لا يثبت وفاة المفقود إلا بالبيّنة أو مرور زمن يحدده الشرع أو القانون لأجل الحكم بوفاته لأن حياته صفة أصلية فالأصل بقاؤها إستصحاباً لكن الوفاة صفة عارضة مشكوك فيها فالأصل عدمها وبني على هذا القسم قاعدة (اليقين لا يزول بالشك)، وقاعدة (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) لأن الأول يدعي خلاف الأصل والثاني مع الأصل.

أهمية الاستصحاب:

للاستصحاب أهمية كبيرة في العمليات القضائية لأن القضاء يعتمد عادة على حجية الاستصحاب في المرافعات المدنية والجزائية والاجراءات القضائية منذ يداية النظر في الدعوى الى صدور الحكم لذا يطلب من المدعي البينة المقبولة لأن الأصل

براءة الذمة لكن يكتفى بيمين المدعى عليه في حالات غياب البيّنات لأنه مع الأصل، وإذا حصل الخلاف بين المتعاقدين في وقت حدوث عيب خفي في عمل العقد فعلى القاضي أن يرجّح جانب الذي يدعي سلامة المبيع مثلاً، لأن العيب عارض والأصل عدمه ولأن العارض ينسب الى أقرب أوقاته على أساس أن الأصل عدمه. وعند الخلاف بين الدائن والمدين في وفاء الدين وعدمه يرجّح إدعاء الطرف الذي يدعي عدم الوفاء مالم يثبت خلاف ذلك لأن الأصل بقاء الذمة منشغلة بالدين. وكذلك للاستصحاب أهمية كبيرة في الاجتهادات والفتاوى بصدد الحل والحرمه للاشياء النافعة لأن الأصل فيها الاباحة مالم يثبت وجود نص يحرمه ويمنعه^(١).

(١) للاطلاع على المزيد في المصادر الكاشفة المذكورة يراجع مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد / الجزء الاول.



الفصل الرابع

الفقه. الفقهاء. الاجتهاد. التقليد

تتناول في هذا الفصل بإيجاز التعريف
بالفقه وفقهاء الشريعة، والاجتهاد
والتقليد، موزعين هذه الدراسة من
الناحية الشكلية على ثلاثة مباحث،
يخصص الأول لنشأة الفقه وتطوره،
والثاني للتعريف بأئمة المذاهب الفقهية
الإسلامية، والثالث للتعريف بالاجتهاد
والتقليد.

المبحث الأول الفقه نشأته وتطوره

الفقه لغة: الفهم. وفي الاصطلاح الشرعي:- الأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية (المعينة) .

ويُعد الفقه من صفات تصرفات الإنسان وهي: الوجوب، والندب، والحرم، والكراهة، والاباحة. لأن الحكم الشرعي: هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان المكلف على وجه الاقتضاء، أو التخيير.

نشأة الفقه :

نشأ الفقه مع نشأة النصوص، لأن كل حكم منصوص عليه مباشرة، كما في القرآن والسنة النبوية، أو بصورة غير مباشرة، كما في المصادر الكاشفة، يُسمى فقهاً، بعد إستخراجه وإبرازه للتطبيق والعمل به غير أن الحكم المأخوذ من نصوص القرآن مباشرة يُسمى فقه القرآن، والمأخوذ من السنة النبوية مباشرة يُسمى فقه السنة، والمأخوذ من المصادر الكاشفة يُسمى فقه الاجتهاد.

طريقة فقهاء الصحابة في إستخراج الأحكام:

كان الفقيه الصحابي إذا أراد حكماً لتصرف أو واقعة يراجع القرآن الكريم أولاً، المنبع الأول الأصل الأصيل، فإن لم يجد فيه لجأ إلى السنة النبوية، فإن لم يجد فيها، إستخدم مصدراً من المصادر الكاشفة واجتهد واستعمل رأيه عن طريقها للوصول إلى حكم الله.

الطابع العام لفقه الصحابة:

- ١- كانت مصادر فقه الصحابة القرآن والسنة ثم الاجماع ثم الرأي.
- ٢- كان فقهاً واقعياً حيث ساروا على نهج كانوا يتبعونه في عهدهم فلا يبحثون عن حكم تصرف أو واقعة إلا بعد الوقوع.
- ٣- كان فقههم معطلاً بطل وحكم مأخوذه من القرآن والسنة.
- ٤- كان إجتهاهم فيما لانص فيه فسيحاً مجاله متسعاً علاجه لحاجات الناس ومصالحهم.

أسباب إختلاف فقهاء الصحابة:

يمكن إرجاعه الى الأسباب الرئيسة الآتية:

- ١- الاختلاف في الثقة بما يروى عن الرسول (ﷺ) بعده، فمنهم من كان يعمل بحديث الراوي، لثقتة به ومنهم من لا يثق به فلا يعمل بما يرويه.
- ٢- عدم كونهم على مستوى علمي واحد.
- ٣- إختلافهم في الجراءة على الاجتهاد والأخذ بالرأي.
- ٤- تأثرهم بالأعراف والعادات المحلية بعد إنتشارهم في الأقطار الإسلامية.

أسباب قلة إختلاف فقهاء الصحابة:

- ١- سهولة إتصال بعضهم ببعض في صدر الإسلام والاتفاق على رأى واحد.
- ٢- إستخدام نظام الشورى في أحكام القضايا المهمة.
- ٣- قلة الوقائع والمشاكل في عصرهم قبل إتساع رقعة الدولة الإسلامية.
- ٤- قلة رواية الحديث التي أصبحت بعدهم من أسباب إختلاف الفقهاء من حيث تفسير الحديث والثقة بالراوي.
- ٥- عدم التسرع في الاقدام على الرأي فكل إجتهاهم منهم كان مسبوقاً بالتروي ودقة دراسة الموضوع المعني بالحكم^(١).

^(١) ينظر مؤلفنا أسباب إختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية / ص ١٦ ومايليها.

تطور الفقه :

نشأ الفقه في عهد الرسالة، ثم مرّ بتطور حتى وصل إلى قمته، ثم أصيب بانتكاسة وجمود، كما في الايضاح الآتي:

أولاً: الفقه الإسلامي في عصره الذهبي:

تعتبر الفترة الممتدة من القرن الثاني الهجري إلى منتصف القرن الرابع الهجري من أزهى عصور الفقه الإسلامي حيث بلغ ذروته في الدقة وقمته في الاتساع وأصبح له مناهج واضحة وطرائق مرسومة محدودة.

ميزان الفقه في عصره الذهبي:

- ١- نهوض الفقه نهضة رائعة حيث وصل إلى درجة النضج والكمال فلم يترك أمراً ذا صلة بالإنسان سواء على النطاق الفردي أو النطاق الجماعي إلا وقد تعرض لبيان حكمه.
- ٢- ظهور نوابغ من الفقهاء الذين اعترف لهم الجمهور بالزعامة، ونشأت مذاهب فقهية جماعية.
- ٣- ازدهار تدوين الفقه لمختلف المذاهب.
- ٤- اتساع نطاق الفقه الافتراضي^(١) وبوجه خاص في فقه أبي حنيفة (رحمه الله).
- ٥- ظهور المصطلحات والقواعد الفقهية.
- ٦- اتساع نطاق الخلاف بين الفقهاء في مسائل الفروع.

عوامل النهضة الفقهية:

- ١- عناية الخلفاء العباسيين - بعكس الأمويين - بالفقه والفقهاء..
- ٢- ظهور كبار المجتهدين وحريرتهم في ممارسة الاجتهاد.
- ٣- كثرة الوقائع بعد أن اتسع إقليم الدولة الإسلامية.

^(١) وهو إحضار الحكم لما يحدث في المستقبل.

- ٤- دخول عدد كبير في الإسلام من غير العرب في البلاد ذات الحضارات القديمة كالفرس والروم وكان لهؤلاء علم بالفلسفة والمنطق والديانات السابقة.
- ٥- تأثر فقهاء الشريعة بثقافات أمم إعتنقت الإسلام.
- ٦- إزدياد نشاط حركة التدوين والترجمة لمختلف العلوم وظهور ترتيب وتبويب الابواب الفقهية.
- ٧- إزدياد المناقشات والمناظرات وتبادل وجهات النظر، فأدّى كل ذلك الى توسيع دائرة الحركة الاجتهادية وتكوين آراء فقهية قيّمة.

ثانياً: أسباب إنتكاسة وجمود الفقه الإسلامي:

- العوامل التي أدت الى إنتكاسة الفقه الإسلامي بعد نهضته كثيرة، منها:
- ١- الضعف السياسي في الدولة العباسية أدى الى ضعف روح الاستقلال في التشريع عند العلماء المسلمين.
 - ٢- إلترام كل عالم فقهي بمذهب إمامه بحيث أخذ كل تلميذ لائمة المذاهب الفقهية يدافع عن مذهبه ويتعصب للمدرسة التي ينتمي إليها.
 - ٣- حلول المذهب الفقهي محل الشريعة الإسلامية من الناحية العملية واستمر ذلك الى عصرنا هذا بحيث أصبحت النصوص الفقهية كنصوص الشارع.
 - ٤- الاعتماد على الآراء الفقهية المدونة فأصبح علماء كل مدرسة من المدارس الفقهية عالة على فقه أئمتهم واتبعوه جملة وتفصيلاً.
 - ٥- اغسار جهد العلماء في اختصار الكتب الفقهية وشرحها والتعليق عليها بالحواشي أو الاعتراضات.
 - ٦- التعصب المذهبي وعدم الجرأة على إستنباط الأحكام من ينابيعها الأصلية.

المبحث الثاني

ائمة المذاهب الفقهية المدونة

نتناول في هذا المبحث بايماز اهم رؤساء المذاهب الفقهية المدونة والمتداولة في العالم الإسلامي حسب تسلسلهم التاريخي:

١- الإمام جابر الاباضي (٢١١-٩٣هـ) هو الإمام جابر بن زيد الأزدي الاباضي المؤسس الأول لمذهب الاباضية الذي هو أقدم المذاهب الفقهية من حيث النشأة فهو عماني الأصل ومن كبار التابعين وأقام بالبصرة ودرس على كبار فقهاء الصحابة منهم عبدالله بن مسعود وأنس بن مالك وغيرهما.

والاباضية فرقة معتدلة من الخوارج وهي أقر بها الى الجمهور المعتدل رأيا وتفكيريا واشتهر هذا المذهب بالاباضية نسبة الى عبدالله بن اباض التميمي إعترافا بدوره وتطويره لهذا المذهب ووضع أسسه.

وقد عرف هذا المذهب بالاعتدال فهو لم يقف في النزعة الفقهية عند ظاهر النصوص كالظاهرية، ولم يتوسع في الأخذ بالرأي كالحنفية. أهم مصادر فقهه:- الكتاب ثم السنة ثم الاجماع ثم العقل.

٢- الإمام زيد (٨٠-١٢٢هـ): هو زيد بن علي زين العابدين بن الحسين بن علي بن أبي طالب عليه السلام. مؤسس مذهب الزيدية ولد في بيت النبوة من أسرة تعمل لواء علم الشريعة والتقوى والصلاح. وتلقى علومه من أبيه وأخيه محمد الباقر، وعبدالله بن الحسين وكثير من فقهاء التابعين.

أهم مصادر فقهه: الكتاب والسنة والقياس والعقل.

٣- الإمام جعفر الصادق (٨٠-١٤٨ هـ):- هو عبدالله جعفر الصادق بن محمد الباقر بن علي زين العابدين بن الحسين بن علي بن أبي طالب. ويعتبر أكبر

أئمة الشيعة الاثنا عشرية في عهد تابعي التابعين وكان من سادات أهل البيت ولقب بالصادق لصدقه.

نشأ في بيت المجد والعلم وعاصر جمهرة كبيرة من فقهاء التابعين. مصادر فقهه:- الكتاب والسنة وهي عندهم ماصدر عن المعصوم من الرسول (ﷺ) والائمة المعصومين بشأن التشريع ثم إجماع الطائفة ثم العقل.

٤- الإمام أبو حنيفة (٨٠- ١٥٠هـ):- هو نعمان بن ثابت بن زوطي بن جاه. فارسي الأصل وكان جده من أهل كابل. ويعتبر من أتباع التابعين. ولد بالكوفة واحترف تجارة الحرز، ثم إنصرف الى العلم فعاش بقية حياته متعلماً وفقياً عظيماً ومؤسساً للمذهب الحنفي. وكان أبو حنيفة (رحمه الله) ذا شخصية قوية لامعة وقد أثرت عوامل ذاتية وخارجية في تكوين شخصيته الفقهية ومن أهم تلك العوامل:-

أ- صفاته الذاتية التي جبل عليها.

ب- شيوخه الذين التقى بهم وتلقى منهم العلم، فرسموا له الطريق التي سلكها في مناهج الفقه.

ج- حياته الشخصية وتجاربه في أدوار حياته، وصلته الوثيقة بالمجتمع الذي عاش فيه.

د- بنيته الفكرية التي ترعرت مواهبه في رحابها. إضافة الى تأثره باستاذه حماد بن أبي سليمان حيث لازمه زهاء (١٨) عاماً في مدرسة الكوفة. ومن أهم مصادر فقهه:- القرآن، والسنة، والاجماع، والقياس، والعرف، والاستحسان، والمصلحة، وقول الصحابي.

٥- الإمام مالك (٩٣- ١٧٩هـ):- هو مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي^(١) من أهل المدينة المنورة طلب العلم من أئمة مدرسة الحديث^(٢). ومن شيوخه عبد الرحمن بن هرمز وعبد الرحمن المعروف بريعة الرأي مارس التدريس والفقه

^(١)نسبة الى الأصبح وهي قبيلة من اليمن.

^(٢)التي كان مقرها المدينة المنورة، كما أن مقر مدرسة الرأي كان الكوفة.

في المدينة المنورة وهو ابن (١٧) سنة وكان يجلس في مسجد رسول الله (ﷺ) ويشير الى قبره الشريف عند قراءة الحديث.

ومصادر فقهه: القرآن، والسنة النبوية، والاجماع، والقياس، والاستحسان، والمصلحة، والذرائع، والعرف، وقول الصحابي. وعمل أهل المدينة (أي إجماعهم)

٦- الإمام الشافعي (١٥٠- ٢٠٤ هـ): هو أبو عبد الله بن محمد بن ادريس بن العباس بن شافع الشافعي بن المطلب بن عبد مناف _ وهو الجد الرابع لرسول (ﷺ) والجد التاسع للإمام الشافعي.

ولد بغزة بعد أن ذهب إليها أبوه فتوفى فيها وبعد سنتين من ميلاده حملته أمه إلى موطن آبائه مكة.

وأخذ فقه العراق في بغداد من محمد بن الحسن الشيباني تلميذ أبي حنيفة، كما أخذ فقه الإمام مالك.

ومصادر فقهه:- القرآن، والسنة، والاجماع، والقياس، والعرف، والاستصحاب، وقول الصحابي.

ونزعته الفقهية كانت وسطاً بين نزعتي أهل الحديث وأهل الرأي، لأنه زواج بين إتجاه الإمام ابي حنيفة وإتجاه الإمام مالك. وفقهه في العراق يسمى القول القديم ثم لما ذهب الى مصر وتأثر بالبيئته، تراجع عن أقواله السابقة وأسس مدرسة جديدة وفقهاً جديداً سمي المذهب الجديد.

٧- الإمام أحمد بن حنبل (١٦٤- ٢٤١ هـ): هو عبد الله بن محمد بن حنبل بن هلال بن أنس الشيباني المروزي^(١) البغدادي^(٢).

وطلب العلم على شيوخ بغداد والكوفة والبصرة والمدينة.

(١) أي من حيث الأصل.

(٢) أي من حيث النشأة.

ومصادر فقهه:- القرآن، والسنة، وما أفتى به الصحابة، والقياس، وأنكر
الاجماع لجميع الفقهاء في وقت واحد على رأي واحد، فاعتبر إنعقاده من قبيل
المستحيلات.

٨- الإمام داود الظاهري (٢٠٢ - ٢٧٠هـ):- هو أبو عبدالله احمد بن سليمان داود بن
علي بن خلف البغدادي نشأة الاصفهاني نسباً.
وهو مؤسس مذهب الظاهرية.

ومصادر فقهه:- ظاهر القرآن، والسنة، واجماع الصحابة فقط دون غيرهم.
ويعتبر ابن حزم الظاهري (٣٨٤ - ٤٥٦هـ) المؤسس الحقيقي لهذا المذهب حيث
قام بتطويره.

المبحث الثالث

الاجتهاد والتقليد

الاجتهاد: في الاصطلاح: هو بذل الوسع لكشف حكم الله للموضوع المعني بالحكم. ويكون مصيباً إذا كشف حكم الله الواقعي، وإلا فيُعَدُّ مُخْطِئاً وله أجران في حالة الإصابة، أجر على جهوده وأجر على إصابته. وإلا فيُعَدُّ مُخْطِئاً فله أجر واحد على بذل جهوده بحسن النية.

وقد نصَّ الرسول (ﷺ) على هذه الحقيقة في قوله (إذا حكم الحاكم ^(١) فاجتهد وأصاب فله أجران وإذا حكم واجتهد وأخطأ فله أجر) أي أجر واحد.

شروط الاجتهاد:

أهملت الشروط التقليدية البالية التي تتكرر في كل بحث يتناول هذا الموضوع منها أن يكون ذكراً وأن يكون حراً وأن يكون عادلاً وغيرها من الشروط التي لم يبق لها دور في إكتساب أهلية الاجتهاد. لذا اقترحت الشروط التالية:-

١- أن يكون من يريد الاجتهاد ملماً بمقاصد الشريعة وهي المصالح المشروعة الشرعية لأن الله حصر رسالة محمد (ﷺ) في تحصيل هذه المصالح للمجتمع البشري فقال مخاطباً نبيه ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ^(٢)﴾ والرحمة هي المصلحة من نفع مستجلب أو ضرر مستدرأ، لأن الله غني مطلق عن العالمين وعن طاعتهم.

٢- أن يكون جريئاً لا يخشى لومة لائم، لأنه يقوم بأداء واجب أوجبه الله عليه في حالة أهليته للاجتهاد.

^(١) أي إذا أراد أن يحكم لأن الاجتهاد لا يكون بعد الحكم وإنما يكون قبله.

^(٢) الانبياء. ١٠٧

٣- أن يوازن بين نفع وضرر القضية المعنية باكتشاف حكمها مقدماً، لأن كل مافيه نفع الفرد أو المجتمع أو كليهما يكون جائزاً عند الله ما لم يكن هذا النفع على حساب ضرر الغير.

وكل مافيه ضرر الفرد أو المجتمع أو كليهما، فهو غير جائز عند الله، ما لم يترتب على هذا الضرر نفع عام.

وعلى سبيل المثال نزع الملكية الخاصة مقابل العوض، قد يضر بصاحب الملك لكن الانتزاع جائز للمصلحة العامة.

٤- أن يكون الموضوع محلاً للاجتهاد لأنه لا مجال للاجتهاد في مورد النص، أي في مسألة يدل النص دلالة قطعية على حكمها، كما في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ...﴾^(١) وقوله ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ...﴾^(٢) وغيرها من النصوص غير القابلة للاجتهاد.

٥- أن لا يتأثر برأي الغير السابق أو مذهب من قلده، لأن ربط نفسه بهذا المذهب مخالف لأمر الله العام في قوله: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾^(٣).

فلم تشر هذه الآية الى شخص معين أو مذهب معين أو زمن معين، وإنما نصت على أهل الذكر بوجه عام. فالتقيّد بمذهب وانتقال هذا المذهب من جيل الى آخر، أكبر خطأ يرتكبه المسلم في حياته الدينية.

٦- القناعة القلبية بعدالة الحكم الذي إكتشفه عن طريق الاجتهاد فاذا شعر بعدم عدالة الحكم المكتشف المقضي به سابقاً، عليه أن يتراجع عن إجتهاده

(١) سورة النساء / ١١

(٢) سورة النساء / ١٢

(٣) سورة الانبياء / ٧

السابق وأن يجتهد من جديد لكشف حكم عادل، كما فعل ذلك الخليفة الثاني عمر بن الخطاب رضي الله عنه ^(١).

٧- أن لا يدعو المجتهد أو تلامذته الى تقديس مذهبه، لأن الذي يُقدّس ينحصر في القرآن الكريم وفي السنة النبوية الثابتة، فالمذهب ليس إلا رأياً وشرحاً للنصوص، فلا يجوز لأحد أن يدعي أنه هو المصيب وغيره خاطئ، كما فعل ذلك الخليفة الأول أبو بكر الصديق رضي الله عنه ^(٢).

أهمية الاجتهاد:

الاجتهاد في القضايا الدينية والدنيوية في كل زمان ومكان من ضروريات حياة الإنسان وهو من أهم وسائل التقدم الحضاري في الشؤون الدنيوية والوصول الى الحكم العادل الذي يحقق السعادة البشرية والثمار الأخوية في الأمور الدينية، ومن أروع الشواهد على هذه الأهمية: أن العالم الغربي والعالم الشرقي قد وصلا إلى قمة الحضارة بالنسبة للعصر الحديث والى إختراع وإبداع ألوان وأنواع من المنتجات التكنولوجية عن طريق الاجتهاد، بينما بقى العالم الإسلامي متخلفاً يعيش حالة على

^(١) خلاصة القضية هي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه اجتهد في قضية ميراثية التي كانت عبارة عن امرأة توفيت عن زوج وأم واثنين من الإخوة من الأم وعدد من الإخوة والأخوات من الأبوين. وقضى بالآتي: - للزوج نصف التركة لعدم وجود الفرع الوارث، وللأم السدس لوجود عدد من الإخوة والأخوات وللأخوة من الأم الثلث، لأنهم أكثر من واحد، وقضى بحجب الإخوة والأخوات من الأبوين باستفراق ذوي الفروض للتركة كلها، لأن المسألة تكون من ستة، أي على القاضي أن يقسم التركة الى ستة أسهم للزوج (٣) وللأم (١) وللأخوة من الأم (٢) (٣+١+٢=٦).

وتكررت المسألة في السنة القادمة من خلافته فأراد أن يقضي باجتهاده السابق فقال واحد من الإخوة والأخوات يأمر المؤمنين هب (إفترض) أن أبانا كان حجراً السنا مع الإخوة من الأم شركاء في الأم، وقال آخر إن هذا الأب الذي يحرمني من التركة أرميه في البحر، لذا إشتهرت هذه المسئلة بالمجرية تارة واليمنية تارة أخرى ثم قضى بإشراك الإخوة والأخوات من الأبوين مع الإخوة من الأم في الثلث فحكم بتقسيم هذا الثلث بين الكل بالمساواة، لذا عرفت هذه المسألة ب(المشركة).

^(٢) كما قال الخليفة الأول أبو بكر الصديق رضي الله عنه حين سئل عن الكلالة في قوله تعالى (وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) سورة النساء ١٢ فقال أجتهد برأي فإن كنت مصيباً فمن الله وإن كنت مخطئاً فمني ومن الشيطان، الكلالة هي أن لا يكون الارث عن طريق الأبوة والبنوة أي بأن لا يكون الوارث من الأصول والفروع وإنما يكون من الحواشي (الأخوة والأخوات).

الصناعات الغريبة في كل صغيرة وكبيرة بحيث جعلوا أوطانهم وخيرات بلادهم لقمة سائغة قدّموها لشعوب الدول الغربية والشرقية وبقي المسلمون متخلفين في فهم دينهم بصورة صحيحة والعمل بالاجتهاد في تطوير حياتهم الدنيوية وأهم عوامل هذا التخلف في العالم الثالث وبوجه خاص العالم الإسلامي هو التقليد للغير وتقديس آراء من سبقوهم وبوجه خاص علماء الدين.

وقد خلطوا بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي بحيث حل العمل بالفقه الإسلامي -الذي هو إجتهدات وآراء العلماء- محل الشريعة الإسلامية التي هي وحي من الله عزوجل خلافاً لما وصّى به الرسول (ﷺ) في قوله ((تَرَكَتُ فِيكُمْ أُمُورَيْنِ لَنْ تَضِلُّوا مَا تَمَسَّكْتُم بِهِمَا كِتَابَ اللَّهِ وَسُنَّةَ نَبِيِّهِ)).

التقليد وأسبابه :

التقليد هو أخذ الحكم من الغير دون معرفة دليله من القرآن أو السنة النبوية. والتقليد كما ذكرنا آنفاً يُعد من أهم عوامل تخلف المسلمين في فهم دينهم وديناهم والسير وراء الحرافات والاسرائيليات التي أدخلت في دينهم بحيث أثرت في مسار حياتهم بصورة صحيحة.

عوامل التقليد وانتشاره :

انتشر التقليد وتوقف الاجتهاد منذ منتصف القرن الرابع الهجري ومن أهم أسبابه ما يأتي:-

- ١- الدعاية المذهبية حيث قام تلاميذ أئمة المذاهب بتدوين آراء أئمتهم وتعليقها والدفاع عنها فانتشر إقواء كل مذهب في صقع من الأصقاع فتعصب له العامة والخاصة حتى أعطي لآراء الفقهاء قدسية النصوص الشرعية، بل تجاوز عن هذا الحد بحيث يفضل رأي فقيه في مسألة معينة على ما في القرآن أو السنة النبوية إذا حصل التعارض بينهما، بدليل أن القرآن وزّع الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج على ثلاث مرات في ثلاثة

أزمنة فقال ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾^(١) والتسريح بالاحسان هو التطلق للمرة الثالثة وقد أكد صحيح مسلم على هذا التوزيع كالآتي عن ابن عباس رضي الله عنه: ((كَانَ الطَّلَاقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ) وَأَبِي بَكْرٍ وَسَنَتَيْنِ مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ طَلَّاقُ الثَّلَاثِ وَاحِدَةً فَقَالَ عُمَرُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ اسْتَعَجَلُوا فِي أَمْرِ كَانَ لَهُمْ فِيهِ أَثَاءٌ فَلَوْ أَمْضَيْنَاهُ عَلَيْهِمْ فَأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ)).^(٢) فهذا الاجتهاد من سيدنا عمر رضي الله عنه يُعد سياسة شرعية، حيث أقر قاعدة (من استعجل في شيء قبل أوانه عوقب بحرمانه) واعتبر عدم إرجاع الزوجة الى زوجها في حالة جمع بين الطلقات الثلاث في وقت واحد، عقوبة تعزيرية لكل من ترك ما أمر به القرآن، ووضعه صحيح مسلم كما ذكرنا.

وتفسير الطلاق في (الطلاق مرتان) بأن المراد منه هو الطلاق الرجعي، خطأ شائع، لأن تقسيم الطلاق الى الرجعي والبائن لم يكن موجودا في العصر الجاهلي (قبل الإسلام) كما لم يكن موجودا حين نزول هذه الآية الكريمة لأن هذا التقسيم من إستحداث فقهاء المسلمين بعد نزول الآيات المتعلقة بأحكام الطلاق.

٢- مساعدة الأحكام في نشر المذاهب الفقهية إذ عندما يتمذهب حاكم بلد بمذهب وينتصر له، يتبعه في ذلك الرعية حسب المقولة المشهورة (الناس على دين ملوكهم).

٣- إسناد القضاء الى غير الأكفاء وهؤلاء كانوا يتبعون مذهبا من المذاهب ويقضون بين الناس بموجب هذا المذهب، ولذا نرى في العهد العباسي حصل التضارب بين أحكام القضاة في العالم الإسلامي حتى إختار هارون الرشيد أبا يوسف قاضي القضاة وهو بمثابة وزير العدل اليوم لتوحيد الأحكام

(١) سورة البقرة/٢٢٩

(٢) صحيح مسلم ١٠٩٩/٢.

القضائية والتقيّد بمذهب معيّن، فاختار أبو يوسف مذهب أبي حنيفة للتطبيق في القضاء.

٤- تدوين المذاهب وإتجاه علماء المسلمين الى مافيهما من الآراء والانصراف عن الاجتهاد وصيورتهم عالة على المذاهب المدونة.

٥- مجادلة العلماء بسبب إلزامهم في الفتوى والمناقشة والمعارضة فكانوا يتخلصون من ذلك برأي صريح للمذهب الذي يقلّدونه في المسألة.

٦- الضعف السياسي في العالم الإسلامي وإنقسام الدولة الإسلامية الى دويلات أدى الى ضعف روح الاستقلال والاجتهاد عند العلماء.

٧- إعتقاد كل مقلّد بأن مافي مذهبه هو الصواب فيجب التمسك به، وأن ماعداه خطأ يجب التجنب عنه.



الفصل الخامس

فلسفة العبادات في الإسلام

فلسفة كل شيء علته الغائية، أي غايته ونتيجته وثمرته والمصلحة التي تترتب عليه من نفع مستجلب أو ضرر مستدرء، وفلسفة العبادات كما أرادها الله هي مكافحة الإجرام، لأنها وسائل وقائية تقي من يقوم بأدائها أداء صحيحاً كما هو المطلوب منه عن إرتكاب كل عمل غير مشروع تترتب عليه المسؤولية الجنائية^(١) أو المسؤولية المدنية^(٢).

العبادة: - هي فعل الإنسان المكلف على خلاف نفسه الأمانة بالسوء، تعظيماً لربه المعبود طمعاً في الحصول على ثمرته من منفعة دنيوية وثواب أخروي.
و من الفلسفة العامة المشتركة بين جميع العبادات إذا أدت بصورة صحيحة، ما يلي:

- ١- ترفع نفسية الإنسان من حضيض المادية الى العالم العلوي المعنوي من المثل العليا.
- ٢- تبعد الإنسان من ظاهرة التفاني في الماديات الى مساندتها بالقوى الروحية.
- ٣- تقوي صلة الإنسان بربه تقوية روحية تكون أساساً لسمو الإنسان والحفاظ على إنسانيته.

^(١) المسؤولية الجنائية (أو الجزائية) هي تحمل تبعات الأخلاق بواجب قانوني حدده نص جنائي في الشريعة أو في القانون، وجزاء هذه المسؤولية عقوبة يحددها النص الشرعي أو السلطة التشريعية الزمنية القائمة.
^(٢) المسؤولية المدنية هي تحمل الشخص تبعات إخلاله بواجب شرعي أو قانوني عام كالإضرار بغيره أو إخلاله بواجب شرعي أو قانوني خاص كإخلاله بواجب شرعي أو قانوني بتنفيذ التزامه تجاه الآخر.

- ٤- تقي الإنسان من مخالفة الشرع والقانون والنظام العام والآداب العامة.
 - ٥- تزوّد النفس بقوة روحية قادرة على مواجهة المشاكل وحلها بالطرق الصحيحة.
 - ٦- تؤلف بين قلوب أبناء المجتمع وتخلق لهم روح الإيثار والتكافل والتضامن والتعاون.
 - ٧- تمنح الإنسان من طغيان الأقليمية والجنسية واللونية.
 - ٨- تجعل الإنسان ملتزماً يشعر بمسؤوليته أمام الغير.
 - ٩- فلسفة العبادات بصورة عامة هي انها وسائل وقائية لمكافحة الإجرام.
- فالشريعة الإسلامية تعتمد في هذه الوقاية على التدابير الإحترازية قبل وقوع العمل الجرمي أكثر من إعتماـها على الوسائل العلاجية (العقوبات) خلافا لما عليه التشريعات الجزائية الوضعية^(١) التي تعتمد على الطرق العلاجية ولا تستخدم الطرق الوقائية والإحترازية، إلا بعد وقوع الجريمة، خلافاً للقاعدة العلمية الحكيمة التي تقضي بأن (الوقاية خير من العلاج).

أنواع العبادات:

- تنقسم العبادات التي كلف بها الإنسان البالغ العاقل من حيث طبيعتها الى ثلاثة أنواع وهي:
- ١- عبادات بدنية محضة ثمرتها تنحصر في شخص من يقوم بها لذا لا تقبل النيابة مطلقاً كالصلاة والصيام.
 - ٢- عبادات مالية محضة تؤتي ثمرتها سواء أقام بأدائها شخص المكلف أو غيره، لأن فلسفتها غير منوطة بشخص المسؤول عنها، لذا تقبل النيابة بعذر وبدونه كالزكاة والانفاق في سبيل الله (أي في سبيل المصلحة العامة).

^(١) وعلى سبيل المثل تنص المادة (١٠٢/١) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ على أنه (لا يجوز أن يوقع تديباً من التدابير الإحترازية التي نص عليها القانون في حق شخص دون أن يكون قد ثبت إرتكابه فعلاً يعده القانون جريمة وأن حالته تعتبر خطرة على سلامة المجتمع)

٣- نوع مختلط ومزيج من الجهود البدنية والانفاق المالي. فلا يمكن أدائه إلا بمساهمة العمل البدني والصرف المالي.
لذا يقبل النيابة لعذر، كمرض وشيخوخة ولا يقبلها بدون عذر كأداء فريضة الحج. وتوزع دراسة فلسفة هذه الأنواع الثلاثة من الناحية الشكلية على ثلاثة مباحث.

المبحث الأول

فلسفة العبادات البدنية المحضة

وهي قسمان من حيث الوجوب والالزام وحتمية الأداء وهما الصلاة والصيام.

أولاً: فلسفة الصلاة:

الصلاة عبادة تتكون من أفعال وأقوال مخصوصة تبدأ بالتكبرة وتنتهي بالسلام على من يكون في جنب المصلي أو على كل إنسان يروم السلامة والعيش في ظل السلم والأمان.

الصلاة عبادة قديمة كانت موجودة في الرسائل السابقة لأهميتها في حياة الإنسان فقال تعالى في رسالة إسماعيل (عليه السلام): ﴿وَكَانَ يَأْمُرُ أَهْلَهُ بِالصَّلَاةِ...﴾^(١) وقال في شأن موسى (عليه السلام): ﴿وَأَوْحَيْنَا إِلَىٰ مُوسَىٰ وَأَخِيهِ أَنْ تَبَوَّءَا لِقَوْمِكُنَا بِمِصْرَ يُبُوتَا وَاجْعَلُوا بُيُوتَكُمْ قِبْلَةً وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ﴾^(٢). وقال في شأن عيسى (عليه السلام): ﴿وَأَوْصَانِي بِالصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ مَا دُمْتُ حَيًّا﴾^(٣)

غير أن نظام أداء الصلاة في الإسلام يختلف عما عداه.

^(١) سورة مريم / ٥٥

^(٢) سورة يونس / ٨٧

^(٣) سورة مريم / ٣١

أهمية الصلاة (أو فلسفته) :

للصلاة أهمية كبيرة للإنسان الذي يروم الحفاظ على عزته وكرامته وتكوين شخصية إنسانية يحترمها الناس ويقدرها الله.

ويمكن إرجاع هذه الأهمية التي تسمى فلسفة الصلاة بإيجاز الى النقاط التالية:

١- بالصلاة يكتسب الإنسان مناعة ضد أمراض الرذيلة وتكون لديه طاقة روحية تقيه من كل ما يخالف الإنسانية والقانون والنظام العام والآداب العامة كما نص على هذه الحقيقة قوله تعالى: ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ^(١)﴾. وقد استعمل القرآن تعبير الإقامة وهي غير الأداء فإقامة الصلاة عبارة عن القيام بها مقترنة بالخشوع والخضوع والشعور بأنه يخاطب ربه عالم الغيب والشهادة.

أما الأداء فهو عادة تتكرر في أوقاتها وهي فارغة وخالية عن الجوهر والمغزى يكاد لا يوجد فرق بين هذا الأداء وبين عادة ممارسة التدخين.

لذا نرى كثيراً من المصلين لا تمنعهم الصلاة من الفرق في المادية واستعمال الغش والكذب والحيل أثناء المعاملات المالية مع الغير لكسب دنائير بخسة على حساب غيرهم ودينهم وقيمهم وأخلاقهم.

٢- الصلاة تنظم أوقات الإنسان حتى يحافظ على الوقت، وهو أثمن ما يملكه الإنسان بعد العمر، لأن كل شيء يمكن تعويضه إلا العمر والوقت.

لذا تأمر الصلاة المصلي وتقول له (نم مبكراً وانهض مبكراً) للحفاظ على صلاة الصبح ثم الانصراف الى العمل المطلوب منه بعد أدائها وتناول الطعام، لأن النوم في هذا الوقت مصدر لكثير من الأمراض وعامل فعال على التعويد على الكسل وإضاعة النشاط.

٣- الصلاة مدرسة تُعلم الإنسان على النظافة: نظافة القلب، نظافة البدن، ونظافة الألبسة، ونظافة المكان. لأن هذه النظافات كلها مطلوبة في الصلاة.

٤- الصلاة رياضة بدنية تعيد وتقوي النشاط والحوية كلما تعرض الإنسان لمرض الكسل.

٥- الصلاة وسيلة لكسب ملكة الشعور بالشخصية والكرامة والعزة والاستقلالية وعدم الخضوع لأي كائن موجود سوى الله عزوجل، وهذه الملكة يكتسبها المصلي عند ترديده في كل ركعة عبارة ﴿إِيَّاكَ نَعْبُدُ﴾ لأن تقديم ما حقه التأخير يكون للحصر في قواعد علم البلاغة^(١).

٦- الصلاة وسيلة للحفاظ على عزة النفس وعدم التحرك كالريشة في مهب الرياح وراء اطماع يريد ان يكتسبها من غير الله، ووسيلة للاستقامة على مبدأ واحد، لأنها اهم صفة تحافظ على شخصية الإنسان وهذه الصفة يكتسبها المصلي من تكراره في كل ركعة لكلام ﴿وإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ﴾ حيث يشغره بأن قاضي الحاجات هو الله وحده وليس العبد الذي هو يخضع ويذل له لكسب منصب أو وظيفة أو دنائير بخسة.

٧- صلاة الجماعة لمن يتيسر له الحضور في الجامع وسيلة للاطلاع على المشاكل التي يعانيتها زملاؤه في الجامع حتى يساهم في حلها بقدر الإمكان، لأن المفروض في الإسلام أن سكان قرية أو حلة أسرة واحدة، فعلى كل فرد من افراد هذه الأسرة التعاون والتضامن والتكافل مع غيره منهم.

٨- صلاة الجمعة درس أسبوعي يلقيه خطيب الجامع لمعالجة مشكلة من مشاكل الساعة وقعت في محله أو بلده أو إقليمه أو في العالم، فعلى الخطيب ان يبتعد عن نقل الأسرائيليات والحرفات واستعراض اقوال لا يقبلها الشرع الإسلامي ولا العقل السليم.

على الخطيب ان يتابع اخبار العالم يوميا في ذلك الأسبوع عن طريق الوسائل الحديثة فاذا سمع مشكلة قد حدثت في ذلك الأسبوع يساهم عن طريق النصيح والتوجيه في حلها.

(١) (نعبد) فعل مضارع وفاعله ضمير مستتر فيه ومفعوله (إياك) مكان المفعول به الطبيعي هو ان يلي الفعل والفاعل، فاذا قُدّم عليهما، يدلّ هذا التقديم في علم البلاغة على ان المراد في الكلام هو الحصر، كما جاء في هذه الآية الكريمة.

وعلى الخطيب ان يعيش بعقلية زمنه وعصره، لأن احكام الله المبنية على المصالح المشروعة تتغير بتغير تلك المصالح في كل زمان ومكان. وأن يكون حذرا عن نقل أحاديث أُخْتُلِقَتْ بِاسْمِ الرَّسُولِ (ﷺ) من قبل الدسّاسين، وأن يفهم بصورة صحيحة الحياة ويعلّل الحوادث ويستنتج عن طريق الشرع والعقل السليم حلولها.

٩- وأهمية الصلاة لا تقتصر على الشؤون الدينية وإنما لها دور بارز في حصول المصلي على اجر عظيم إذا اقامها بصورة صحيحة كما ذكرنا.

ثانياً: فلسفة الصيام:

الصيام كالصلاة عبادة قديمة كما قال سبحانه وتعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ...﴾^(١) وكان موجودا في رسالات الأنبياء والرسل السابقين. وهو عبارة عن الامتناع كل ما حرّمه الله على الإنسان مطلقاً، كالغش في المعاملات وذكر الغير بالسوء وغير ذلك، مما لا يليق بالإنسان ان يقوم به او يفعله، كما أنه عبارة عن الامتناع عن كل ما هو محرم في شهر رمضان المبارك كالأكل والشرب والتدخين ومعاشرة الأزواج خلال المدة التي حددها الشرع.

حكمة وجوب الصيام (أو فلسفته) :

نص القرآن الكريم على هذه الحكمة (الفلسفة) في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(٢).

أي تكتسبون عن طريق صيامكم صفة التقوى. والتقوى طاقة روحية يكتسبها الصائم من صيامه الحقيقي الذي يريده الله من الإنسان البالغ العاقل وتقيه من الانحراف والغش والأعوجاج وغيره من كل سلوك جرمي يضر الفرد والمجتمع او كليهما.

وليس الصيام - كما يظن كثير من المسلمين - الإمساك والامتناع عن الأكل والشرب والمعاشرة الزوجية فحسب، وإنما الصيام يجب أن يمر بالمراتب الثلاث الآتية:

(١) سورة البقرة/١٨٣

(٢) سورة البقرة/١٨٣

- ١- المرتبة الأولى: الإمساك عن الطعام والشراب والعملية الجنسية
- ٢- المرتبة الثانية: صوم الجوارح وأعضاء في جسم الإنسان وإمساكها عن استخدامها في كل ما يخالف أوامر الله ونواهيه.
- فصوم الأيدي إمساكها عن العدوان والتجاوز على حقوق الغير.
- وصوم الأرجل إمساكها عن السير والسعي وراء كل ما يضر الإنسان بدون مبرر شرعي.
- وصوم اللسان كفّه عن كل كلام يضر الناس ويؤذي قلوبهم وعن التطاول على أعراضهم.
- وصوم العيون غضّها عن النظر الى عورات الناس.
- وصوم الأذن هو عدم الإصغاء للكلام الباطل والمضر بحق الغير، لأن الإصغاء في ذلك إشتراك في الجريمة التي يتكلم بها المتكلم امامه.
- والقاعدة الشرعية العامة تقضي بأن (السكوت في معرض الحاجة بيان) أي رضا بما يحدث وهو يراه أو يسمعه ويسكت عنه. والقاعدة الشرعية العامة تقول (الساكت عن الحق شيطان أخرس).
- ٣- المرتبة الثالثة: صوم الغرائز الباطنية التي هي مصدر كل سوء إذا كانت من فصيلة الغرائز الطبيعية الشريرة وفي مقدمتها النفس الأمارة بالسوء وصومها عبارة عن السيطرة الفعلية على هذه الغرائز بقوة الإرادة والعزم. فإذا تحققت هذه المراتب الثلاث تتحقق الطاقة الروحية المقصودة من الصيام تقيه من كل شر وكل مخالفة لأوامر الله، ومن كل تجاوز على حقوق الغير.

المبحث الثاني

فلسفة العبادات المالية المحضة (الزكاة)

الزكاة نسبة منوية فرضها الله على الأغنياء في أموال معينة بشروط خاصة لغرض سدّ حاجات المحتاجين، ووضع حد لل تفاوت الطبقي. الإسلام لا يُقرّ الفقر ولا الحاجة ولا التسوّل ولا الكسل، وإنما يطلب من كل شخص قادر على العمل أن يعمل ويسعى في طلب الرزق لتأمين عيشه وعيش من قُب عليه نفقته.

فالإسلام دين العمل بدليل تكرار هذا اللفظ (العمل) ومشتقاته (٣٥٦) مرة في القرآن الكريم.

ورغم ذلك إن إنقسام الناس الى فقير وغني كان موجودا منذ أن عاشوا على متن كوكب الأرض.

وجاءت الشريعة الإسلامية واعتبرت الزكاة من أركان الإسلام كالصلاة والصيام للقضاء على الفقر قدر الامكان. ورغم ترك الحرية لمن قُب الزكاة في ماله بأن يتولى بنفسه توزيعها على المستحقين لها، إلا أن للسلطة الزمنية إجباره على ذلك إذا امتنع عن التنفيذ، بدليل أن الخليفة الأول ابا بكر الصديق ؓ أعلن الجهاد ضد مانعي الزكاة بعد وفاة الرسول (ﷺ) وحاربهم عمليا حتى خضعوا لأدائها كما هو المطلوب.

كما يجب على السلطة الزمنية تأسيس مرفق عام في مستوى الوزارة لجباية الزكاة وتوزيعها على المستحقين بكمية قابلة لجعلها رأس مال بيد الفقير يستثمره للقضاء على فقره بحيث لا تتكرر حاجته كل سنة الى الزكاة.

فالدولة مسؤولة في كل بلد من البلاد الإسلامية عن القيام بهذه المهمة لأن مركز الزكاة لا يقل أهمية من مركز الأوقاف.

الزكاة ليست ضريبة حتى تعوض عنها فهي تختلف عنها من أوجه منها:

١- الضريبة لا تجوز إلا في حالة عجز الميزانية العامة للدولة وقلة مواردها بخلاف الزكاة.

- ٢- الزكاة تجب في أموال معينة وبشروط معينة بخلاف الضريبة.
- ٣- نسب الضريبة تصاعدية بينما النسب في الزكاة ثابتة لا تتغير بكثرة كمية ومقدار المال.
- ٤- الضريبة تضاف الى الميزانية العامة للدولة في حين أن الزكاة توزع على المستحقين.

الأصناف المستحقون للزكاة:

الأصناف المستحقون للزكاة ثمانية حسب ما حدده القرآن في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ^(١)﴾.

- ١- الفقير: هو الذي لا يملك موردا أصلا لتأمين معيشته.
- ٢- المسكين: هو الذي لا يكفي ما يملكه لتأمين عيشه وعيش من تجب عليه نفقته.
- ٣- العامل: هو الموظف الذي يقوم بجباية الزكاة وجمعها لتوزيعها على المستحقين، فله نسبة من الزكاة مقابل ما يقوم به.
- ٤- المؤلفة قلوبهم^(٢): وهم الذين تضررت مصالحهم الاقتصادية بسبب عدالة الإسلام وإلغائه بعض مصادر كسب الأموال، كالقوائد الربوية، والتجارة بالريق ونحوهما، لكن في عهد الخلفاء الراشدين تم إيقاف صرف الزكاة لهؤلاء لعدم حاجتهم ولإستغناء الإسلام عن إستمالة قلوبهم.
- ٥- الرقاب: وضع الإسلام طرقاً متعددة لانتهاء نظام الرق البغيض، منها تخصيص ثمن موارد الزكاة للمكاتبة، وهي أن يشتري العبد والجارية نفسيهما من سيدهما مقابل عوض وهذا العوض كان يدفع من موارد الزكاة.

^(١) سورة التوبة / ٦٠

^(٢) وهم الذين إستمال الإسلام قلوبهم فمنهم من كان من غير المسلمين ومنهم من كان من حديثي العهد بالاسلام.

٦- الغارمين: هم الذين إستدانوا للقيام بإنشاء مشاريع عامة للمصالح العامة كبناء الجسور وتبقى الديون بذمتهم لعدم تمكنهم من وفائها، لذا تُسدّ هذه الديون عن طريق الزكاة.

٧- ابن السبيل: هو الذي إنقطع عن بلده أو بعد عنه ماله ويشمل هذا الصنف أيضا الذين يسافرون الى خارج بلدهم للمعالجات الطبية وإمكانيتهم المالية تكون ضعيفة.

٨- في سبيل الله: أي في سبيل المصلحة العامة كاستملاك العقارات لأجل بناء المؤسسات العامة لخدمة نفع عام كبناء المستشفى أو المدرسة أو نحو ذلك.

الأموال التي تجب فيها الزكاة:

١- المحصولات الزراعية: وفيها ١٠% إن سقيت بماء الأمطار أو الأنهار أو العيون و ٥% إن سقيت بالوسائل.

٢- النقود المعدنية والورقية المتداولة في العالم والتي حلت محل الذهب والفضة وفيها ٢,٥%.

٣- الحلي الزائد عن العرف والأواني والقطع الذهبية والفضية وكل ما هو مصنوع من الذهب والفضة من أدوات الزينة. ورؤوس أموال التجارة وأسهم الشركات وفيها ٢,٥%.

٤- رأس مال المصانع والمعامل وأرباحها في نهاية كل سنة ٢,٥%.

٥- السيارات والأدوات والآلات المستعملة لغرض الربح والتجارة، والاستثمار على أساس من كمية تلك الأرباح خلال السنة وفيها ٢,٥%.

٦- إيجار العقارات والدور السكنية والفنادق وغيرها وفي غلتها ٢,٥%.

٧- المواشي (الغنم والمعز والبقرة والإبل) ونسبها محددة ومبينة في الكتب الفقهية مفصلاً.

فلسفة وجوب الزكاة:

للزكاة أهمية إقتصادية كبيرة في الحياة العملية من أوجه متعددة منها:

١- مكافحة الإجرام: وقد أثبتت فلسفة التشريعات الجزائية بالإستقراء أن أهم أسباب إرتكاب الجرائم -وبوجه خاص الجرائم الاقتصادية- الفقر والحاجة، فسدّ حاجة المحتاجين مادياً يحول دون ظاهرة الانحراف الى السلوك الجرمي. وجدير بالذكر أن الخلفاء الراشدين عليهم السلام أوقفوا تطبيق عقوبة السرقة (قطع اليد) في سنة المجاعة قائلين (إن في قطع اليد حماية الأموال، وفي تركه حماية الأرواح، وحماية الأرواح أولى بالرعاية من حماية الأموال).

٢- تحقيق الوئام والمحبة بين الفقراء والأغنياء ومن الواضح أن الحسد الذي هو من الفرائز البشرية إذا لم يعالجه تهذيب النفس والأخلاق وبوجه خاص حسد الفقراء تجاه الأغنياء، قد يؤدي الى الجرائم، لأن الفقير حين يرى جاره الغني يعيش في قمة الرفاه وهو في عيشة ضنكى قد تدفعه غريزة الحسد الى الاعتداء على شخص الغني أو على ماله.

والزكاة أهم وسيلة لحل هذه المشكلة، لأن الفقير إذا حصل على نسبة معينة من مال الغني في كل سنة يحل الوئام والمحبة بينهما محل الحسد والكراهية، لأنه يعتبر نفسه شريكا في مال الغني في تلك النسبة، فبدلاً من أن يتمنى زوال نعمته يتمنى زيادة ثروته حتى تزيد حصته.

٣- تطهير نفوس الأغنياء من رذيلة الطغيان كما نص على ذلك قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾^(١).

والطغيان من الصفات الرذيلة الناقصة عن ظاهرة الغنى كما يقول سبحانه و تعالى: ﴿كُلَّا إِنَّ الْإِنْسَانَ لِرَبِّهِ لَكَنَّاظٍ﴾^(٢).

(١) سورة التوبة / ١٠٣

(٢) سورة العلق / ٦- ٧

٤- الزكاة تزيد من نعمة المزيكي، لأنها شكر النعمة وفي زيادة الشكر زيادة النعم كما يقول سبحانه و تعالى: ﴿...لَنِّنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَنِّنْ كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ﴾^(١).

٥- الزكاة ضمان إجتماعي ويعد نظام الزكاة في الإسلام أول تشريع في العالم أستحدث هذا النظام الذي لم تعرفه القوانين البشرية إلا في منتصف (القرن العشرين)^(٢).

٦- تطهير النفوس من مرض الشح والبخل وتعويد المسلم المزيكي على البذل والسخاء والعطاء والتعاون في التكافل الاقتصادي.

٧- حصانة اموال من يؤدي زكاة ماله، فالزكاة تصون مال الفني المزيكي وتُحصنه من تطلع الأعين وإمتداد أيدي الأثمين والمجرمين كما قال الرسول (ﷺ): (حَصَّنُوا أَمْوَالَكُمْ بِالزَّكَاةِ وَدَاوُوا مَرْضَاكُمْ بِالصَّدَقَةِ وَأَعَدُّوا لِلْبَلَاءِ الدَّعَاءَ)^(٣).

(١) سورة إبراهيم / ٧

(٢) ديبوسف القرضاري. مشكلة الفقر وكيف عالجها الإسلام ص ١٠٧

(٣) الطبراني في معجمه الكبير ١٠/١٢٨ رقم الحديث ١٠١٦٩

المبحث الثالث

فلسفة العبادات المختلفة (الحج)

الحج لغة: القصد وفي الاصطلاح الشرعي زيارة مكان مخصوص (البيت الحرام) في زمان مخصوص (أشهر الحج) بأفعال مخصوصة (الطواف، السعي والوقوف محرماً.....).
أمر الإسلام لمصلحة المجتمع البشري بثلاثة أنواع من الاجتماع: الاجتماع اليومي والأسبوعي والسنوي.

١- الاجتماع اليومي: على سكان القرية أو المحلة ممن يتيسر له الحضور لأداء صلاة الجماعة في الجامع ولو مرة واحدة في اليوم إذا لم يكن معذوراً وذلك لغرض الاطلاع على مشاكل الآخرين من سكان المحلة أو القرية والمساهمة في حدود الامكانية والاستطاعة في حل تلك المشاكل تنفيذاً لأمر الله ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾^(١).

فصلاة الجماعة سنة مؤكدة فلسفتها التعاون والتضامن والتكافل بين المصلين فإذا تخلفت هذه الفلسفة فلا يبقى فرق بين الصلاة في البيت والصلاة في المسجد.
٢- الاجتماع الأسبوعي: على سكان المدينة الاجتماع يوم الجمعة في جامع كبير يسع أكبر عدد ممكن لنفس الفلسفة المذكورة.

٣- الاجتماع السنوي لجميع ممثلي الدول والشعوب الإسلامية وهذا الاجتماع هو أكبر مؤتمر إسلامي يشترك فيه الدول والشعوب الإسلامية في جميع أنحاء العالم لمناقشة القضايا السياسية والإدارية والاقتصادية والصحية والدفاعية وغير ذلك من مستلزمات الحياة في كل زمان ومكان.

ومن الواضح ان طبيعة هذا المؤتمر تختلف عن طبيعة سائر المؤتمرات التي تعقد سنوياً عشرات المرات في دول العالم على النطاقين الداخلي والدولي فهذه المؤتمرات

^(١) سورة المائدة/٢

طابعها مادي محض، أما مؤتمر الحج فهو ذو طابع مادي ومعنوي في وقت واحد، فجميع المظاهر المادية التي تساعد على التمزق والتفرقة بين الشعوب الإسلامية تنصهر في بوتقة الطاقة الروحية التي يكتسبها الحجاج:

أ- بدءاً بالإحرام الذي يعد الخطوة الأولى للتجرد من الفوارق العارضة حيث إنه زى موحد أشبه بالزى الأخير الذي يلبسه الإنسان حين إنتقاله الى مثواه الأخير بعد مفارقة حياة هذه الدنيا الفانية، وبهذا الزي الموحد يُرفع التمييز بين الحاكم والرعية، وبين الغني والفقير، وبين أصحاب المراكز السياسية والاجتماعية وغيرهم.

ب- ثم التلبية التي تجرده عن العالم المادي وتربطه روحياً بمن لا سلطان فوق سلطانه وهو الله عزوجل.

ج- ثم الطواف الذي هو دوران القلب حول مركز وحدة المسلمين (بيت الله الحرام).
د- ثم السعي بين الصفا والمروة والتردد بين الخوف والرجاء خوف العقاب على الذنوب ورجاء العفو عنها.

هـ- ثم الوقوف في عرفة وهو مظهر من مظاهر المساواة وعدم التفاضل بين أبناء آدم وحواء إلا بما يقدمونه لإرضاء الله والنفع البشرى كما قال سبحانه و تعالى: ﴿...إِنْ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ...﴾^(١) أي اقربكم الى الله وانفعكم للناس.

و- ثم رمي الجمرة (رجم الشيطان) وهو تعهد أمام الله بعدم الخضوع في المستقبل للنفس الأمارة بالسوء مرة أخرى لأن الشيطان ليس موجوداً هناك حتى يرمجه الحجاج وإنما الرجم موجه الى شيطان كل إنسان لا يفارقه لحظة فهو ملازم له ملازمة الحرارة لكل طاقة حرارية فالذي يرمجه الحجاج هو شيطان نفسه (النفس الأمارة بالسوء) التي هي عبارة عن النزعة الشريرة التي تدفعه دائماً نحو السلوك الجرمي.

فرجم الجمرة إن كان بقلب سليم وفهم صحيح يكون نقطة المفارقة بين الراجم وبين كل ما هو رمز الشر.

و بهذه الروحانية المتميزة وفي هذا الجو المعنوي أمام بيت الله الذي هو رمز وحدتهم يتعهد المسلمون بعضهم لبعض بأن يكونوا متضامنين ومتعاونين في معالجة مشكلة كل بلد سواء كان مصدرها النزاع الداخلي أو الاعتداء الخارجي.

الاستنتاج:

نستنتج من محتويات هذا الفصل ان فلسفة جميع العبادات التي كلف بها الإنسان من الله عزوجل هي وسائل وقائية لمصلحة الإنسان وضمان حقوقه ولأجل إنتصار نزعة الخير على نزعة الشر فيه وحماية المصالح التي جاءت الرسالة المحمدية لتحقيقها كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(١) والرحمة هي المصلحة البشرية المادية والمعنوية والدينية والأخروية.

ومن البدهي ان الله غني مطلق عن طاعة عباده فلو إستغرقت حياة كل إنسان في عبادة الله لما زادت ذرة من عظمته كما لو إستغرقت في الزندقة والإلحاد لما نقص من عظمة الله مثقال ذرة.

وبناء على ذلك تكون الغاية الرئيسة من تكليف الإنسان بالعبادات المذكورة هي تحقيق تغلب نزعة الخير على نزعة الشر في الإنسان حتى يعيش متمتعاً بحياته ومؤدياً لرسالته التي خلق من أجلها.

وجدير بالذكر أنّ الفلاسفة منذ زمن بعيد اختلفوا في طبيعة الإنسان هل هي خيرة بالطبع أو شريرة بالطبع؟

فمنهم^(٢) من قال بالاتجاه الأول ورأى ان إغراف الإنسان ليس ذاتياً وإنما يأتي من عوامل خارجية بيئية واجتماعية واقتصادية وغو ذلك.

ومنهم من ذهب الى الاتجاه الثاني فقال إن الإنسان شرير بالطبع وإن إتخاذ سبيل الخير كمساره في الحياة، ليس من ذاته وإنما بدفع عوامل خارجية من التعليم والتوجيه والتوعيه.

(١) الانبياء ١٠٧

(٢) لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا منهاج الاسلام لمكافحة الاجرام.

ولكن القرآن الكريم فنّد هذين الزعمين، ويبيّن لنا أن الإنسان ليس خيراً بالطبع ولا شراً بالطبع بل يحمل كلتا النزعتين في وقت واحد، حيث قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالشَّمْسُ وَضُحَاهَا، وَالْقَمَرُ إِذَا تَلَّاهَا، وَالنَّهَارُ إِذَا جَلَّاهَا، وَاللَّيْلُ إِذَا يَفَشَاهَا، وَالسَّمَاءُ وَمَا بَنَاهَا، وَالْأَرْضُ وَمَا طَعَاهَا، وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا، فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَاهَا، قَدْ أَفْلَحَ مَنْ زَكَّاهَا، وَقَدْ خَابَ مَنْ دَسَّاهَا^(١)﴾.

فالفجور عبارة عن نزعة الشر والتقوى يراد بها نزعة الخير. ولأجل إنتصار نزعة الخير على نزعة الشر فرض الله سبحانه وتعالى على الإنسان وسائل وقائية لتقيه من نزعة الشر ولتنتصر عليها نزعة الخير وهذه الوسائل هي العبادات التي فرضت على الإنسان لفلسفة هي مصلحته.



الفصل السادس المعاملات المالية

نتناول في هذا الفصل بإيجاز
التعريف بالمال، وأنواعه والتعريف
بالعقد وأنواعه، وآثار العقد، وتُوزع
دراسة هذه النقاط الثلاث على
أربعة مباحث، خصص المبحث الأول
للمال وأنواعه، والثاني للعقد
وعناصره وأنواعه، والثالث لآثار
العقد، والرابع لأهلية الالتزام
وعوارضها.

المبحث الأول

المال وأنواعه

المال عرفه فقهاء الشريعة بأنه ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن إدخاره الى وقت الحاجة منقولاً أو عقاراً^(١).

ويلاحظ على هذا التعريف أن بعض الأموال لا يميل إليها طبع الإنسان كبعض الأدوية، وبعضها سريع التلف غير قابل للادخار كبعض الأطعمة. لذا أقترح ان يعرف المال بأنه: (كل شيء له قيمة مادية وكان محازاً).

أنواع المال:

ينقسم المال الى أقسام متعددة بميشتات مختلفة كالآتي:

أ) من حيث القابلية للانتقال ينقسم الى المنقول والعقار:

١- المنقول: هو الشيء الذي يمكن نقله من مكان الى مكان آخر بدون أن يتأثر في ذاته أو هيئته، كالسلع والبضائع والحيوان والسيارة ونحو ذلك.

٢- العقار: وهو الذي لا يمكن نقله من مكان الى آخر بطريقة طبيعية^(٢) مع الاحتفاظ بهيئته، كالأراضي والأبنية والأشجار قبل قطعها والثوابت في الأرض قبل قطعها ونحو ذلك.

ثمرة التقسيم:

١- لا تثبت الشفعة إلا في العقار لأن فلسفتها لا تتحقق في المنقول وهي توقع إلحاق الضرر بالشريك الجديد.

^(١) مجلة الأحكام العدلية. المادة (١٢٦) وهذا التعريف مأخوذ من الفقه الحنفي.

^(٢) هذا القيد لأدخال بعض العقارات كالأبنية التي يمكن نقلها من مكان الى آخر عن طريق الأجهزة والوسائل الحديثة بدون أي تأثير ذاتي وهيئة كنقل بناء قابل للانتقال بالوساطة في بعض الدول المتقدمة صناعياً كاليابان.

٢- الوقف غالباً ^(١) يكون في العقار لدوامه واستقراره.

٣- لا تثبت حقوق الارتفاق ^(٢) إلا للعقار.

٤- تصرف الوصي في مال القاصر لا يجوز في العقار إلا لمسوّغ شرعي ضروري بخلاف المنقول.

٥- يجوز التصرف في العقار قبل قبضه بخلاف المنقول، لأن الأول ثابت على صفاته ولا يكون مصدراً لضرر المشتري حين القبض.

٦- بيع العقار في بعض القوانين ^(٣) لا ينعقد مطلقاً إلا إذا سُجِّلَ في الدائرة المختصة واستوفي الشكل الذي نص عليه القانون، بخلاف بيع المنقول، فلا تشترط فيه الشكلية ما لم يكن مالا نفيساً كالباحرة والطائرة والسيارة.

ب) من حيث تماثل المفردات والأجزاء مثلي وقيمي:

١- المثلي: ما لا تتفاوت أحاده تفاوتاً يعتد به ويقوم بعضها مقام بعض في الوفاء وتوجد نظائره في الأسواق كالمعدودات والموزونات والمكيلات والمقيسات ^(٤).

وأرى أن هذا التعريف لا يشمل النقود والعملّة المتداولة في المعاملات لأن المثلي فيها ما كان متساوياً صورة ومعنى (القيمة أو القوة الشرائية). فالعملّة من المعدودات ورغم ذلك تفقد صفة المثلية في بعض الأزمنة لظروف إستثنائية وتتفاوت قيمتها إرتفاعاً وانخفاضاً تفاوتاً يعتد به وعلى سبيل المثل الدينار العراقي في نهاية القرن العشرين ليس مثلياً لنفس الدينار في بداية القرن الحادي والعشرين.

فمن زوج امرأة قبل خمسين سنة على مهر مؤجل قدره (١٠٠) دينار عراقي عام ١٩٥٠ مثلاً، ثم حصلت الفرقة بينهما في عام ٢٠٠٢ مثلاً فيجب

^(١) القيد لأدخال الكتب فهي من المنقولات ورغم ذلك يجوز وقفها.

^(٢) كحق المرور وحق المجرى وحق المسيل وحق العلو والسفل في الشقق في العمارات السكنية وحق الشرب.

^(٣) كالقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المادة (٥٠٨)، وقانون التسجيل العقاري العراقي

القائم المادة ٣.

^(٤) مجلة الأحكام العدلية المادة (١٤٥).

تقويم المهر بالذهب وقت الزواج، لأن الدينار فقد مثليته وتحوّل الى القيمي وقت الطلاق بإخفاض قوتها الشرائية أكثر من مئة ضعف.

وقس على المهر المؤجل جميع الديون المؤجلة المتعلقة بذمة المدين.

٢- القيمي: ما تفاوتت آحاده تفاوتاً يعتد به أو لم تتفاوت لكن إنعدمته نظائره في الأسواق أو تغيرت قيمته إرتفاعاً وإخفاضاً كالعملة.
ومن تطبيقات القيمي: الأرض، والبناء، والحيوان ونحو ذلك.

ثمرة التقسيم:

١- المثلي يستقر ديناً في ذمة المدين إذا عيّن بأوصافه بخلاف القيمي.

٢- المثلي إذا أتلّفه شخص فعليه الضمان والالتزام برد مثله لا بقيمته، بخلاف القيمي، فإن الضمان فيه يكون بقيمته

٣- إذا هلك المثلي الذي كان موضوع الالتزام لا ينقضي الالتزام، بل يحمل محله مثله، بخلاف القيمي، فإذا هلك قبل القبض يفسخ العقد تلقائياً (أي بحكم القانون) وبالتالي ينقضي الالتزام.

٤- المثلي لا تنتقل ملكيته بالعقد إذا عين بالنوع أو الصنف، وإنما ينتقل بالإفراز، بخلاف القيمي، فإن الملكية تنتقل بمجرد العقد، لكن يبقى محل العقد في ضمان البائع قبل القبض.

ج) من حيث القابلية للتعامل متقوم وغير متقوم.

١- المتقوم: هو كل ما كان محرراً فعلاً وقابلاً للانتفاع المعتاد الشرعي في حالتي السعة والاختيار.

٢- غير المتقوم: هو المال الذي لم يكن مملوكاً لأحد كالسّمك في الماء والطيّر في الهواء والغزال في الصحراء، أو كان مملوكاً لكن لا ينتفع به شرعاً إلا في حالات الضرورة كأنواع المسكرات، والمخدّرات، والميتة.

ثمرة التقسيم:

١- المال المتقوم من شأنه أن يكون محلاً للتعامل بخلاف غير المتقوم.

٢- من اتلف المال المتقوم دون مبرر، فعليه الضمان بخلاف غير المتقوم^(١).

د) من حيث نطاق الانتفاع عام وخاص:

١- المال العام: هو المال الذي خصص للنفع العام كالمؤسسات الحكومية.

٢- المال الخاص: هو الذي لا يجوز الانتفاع به إلا من قبل صاحبه أو بأذنه.

ثمرة التقسيم:

١- أن المال العام مباح لكل من ينتفع به بدون إذن من الدولة صاحبة المال في

الحدود المشروعة بخلاف المال الخاص فلا يجوز لغير صاحبه الانتفاع به إلا بأذنه.

٢- المال العام لا يجوز التصرف فيه بعوض وبدونه كالهبة إلا في حالات الضرورة

بخلاف الخاص فلمالكه حرية التصرف فيه بعوض وبدونه.

الملكية:

هي إختصاص يؤول صاحبه بالتصرف والاستعمال والاستغلال والحيازة. أي علاقة شرعية بين الإنسان والمال تجعله مختصاً به إختصاصاً يمنع غيره من التدخل فيه، ويمنحه قدرة الاستفادة منه وصلاحيية التصرف فيه بالبيع أو الهبة أو غيرهما، وصلاحيية استعمال لمصلحته، وصلاحيية الاستغلال بإستثماره أو إيجاره أو أي تصرف آخر لفرض طلب الفلة من ورائه، وكذلك صلاحيية حيازته والسيطرة الفعلية عليه.

أنواع الملكية:

تنقسم الملكية الى انواع متعددة بمحيشيات مختلفة كالآتي:

أ) من حيث الرقبة والمنفعة: تامة وناقصة:

١- الملكية التامة: هي السيطرة التامة على رقبة المال المملوك ومنفعته معا،

كمن يسكن في داره المملوكة له.

^(١) إلا بالنسبة لغير المسلمين من يعتبر الانتفاع به مشروعاً.

٢- الملكية الناقصة: هي ملكية الرقبة فقط بدون المنفعة او ملكية المنفعة وحدها، ففي دار مؤجرة لمدة معينة، المؤجر (مالك الدار) يملك رقبة الدار فقط، والمستأجر يملك المنفعة وحدها خلال مدة الإيجار. وبناء على ذلك تكون ملكية كل واحد منهما ناقصة وكذلك الأمر بالنسبة للمعير والمستعير خلال مدة الإعارة، فالأول يملك الرقبة دون المنفعة والثاني يملك المنفعة فقط. وكذا من أوصي بمنفعة عقاره بعد وفاته لأحد اقاربه فالوصي له يملك المنفعة فقط الى حين وفاته، وبعد الوفاة ترجع المنفعة الى الورثة.

ثمرة التقسيم:

١- في الملكية التامة المالك يملك الصلاحيات الأربع المذكورة (التصرف والاستعمال والاستغلال والحيابة) .
أما في الملكية الناقصة فلا يملك المالك حق الانتفاع بمملوكه بالاستعمال أو الاستغلال أو الحيابة.

٢- بيع المالك الرقبة موقوف عند أكثر الفقهاء على إجازة المستأجر (مالك المنفعة) فإذا لم يجره بطل البيع خلافا للقانون فإنه يميز العقد وينعقد نافذا بدون إجازة المستأجر.

ب) من حيث الشيوخ: شائعة ومفرزة:

١- الملكية الشائعة: هي أن يملك شخصان فأكثر مالا لم تُفرز حصة كل منهم فيه، فهم شركاء على الشيوخ كملكية الورثة للتركة قبل توزيعها عليهم.
٢- الملكية المفرزة هي ان ينفرد كل شخص بحصته بعد الإفراز. والتقسيم كملكية كل وارث في حصته.

ثمرة التقسيم:

١- كل شريك اجنبي عن حصة شريكه فليس له أن يتصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرفات إلا بموافقته.
٢- ليس للشريك أن يتصرف بجزء معين من المال الشائع إلا بموافقة بقية الشركاء..
٣- تكون إدارة المال الشائع للشركاء مجتمعين ما لم يوجد إتفاق على خلاف ذلك.

وهناك تقسيمات أخرى لا مجال لاستعراضها ^(١)

الدين والعين:

١- الدين: في الفقه الإسلامي كل ما يتعلق بذمة الإنسان من مال حكمي او عمل يقابله الحق الشخصي في الفقه الغربي.

٢- العين: هو كل حق يتعلق بمال معين أي سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين.

ويرى المرحوم السنهاوري ^(٢)، أن العين في الفقه الغربي أوسع من الحق العيني في الفقه الإسلامي وأن الدين أضيق من الحق الشخصي، ظاناً أن الدين إذا تعلق بالتركة يفقد صفة الدينية ويصبح عيناً، وكذا في حالة الحجر والإفلاس حيث يتعلق الدين بمال المحجور عليه والمفلس ويتحول الى العين.

وأرى أن هذا الرأي مخالف لواقع الفقه الإسلامي فالدين يبقى ديناً ولو تعلق بمال المدين، فالدين والحق الشخصي متساويان كتساوي العين والحق العيني.

ثمرة التقسيم:

١- الالتزام بالدين يحتاج في إستيفائه الى وساطة المدين، بينما الالتزام بالعين ينصبّ على العين ذاته.

٢- الدين يرد عليه الأجل بخلاف العين.

٣- الدين تصح فيه المقاصة بخلاف العين.

٤- الدين يجوز فيه الإبراء بخلاف العين.

^(١) منها التقسيم الى الملكية المادية كملكية السيارة او الدار و الى الملكية المعنوية كملكية المؤلف لفكرة علمية في مؤلفه، وكبراءة الاختراع.
^(٢) في كتابه (مصادر الحق): ١ / ٢٤ وما تليها.

المبحث الثاني

العقء عناصره وأنواعه

العقء كما عرفته المادة (٢٦٢) من مرشء الهيمان^(١) والمادة (٧٣) من المءني العراقي القائم بأنه (إرتباط الإيجاب الصادر من أءء العاقءين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقوء عليه) . ونرى أن هذا التعريف ناقص يجب أن يضاف إليه (العاقء) لأن آثار العقء حقوق وإلتزامات فالعقوق تنصب على المعقوء عليه من العوضين، ففي البيع مثلاً ينتقل حق ملكية المبيع إلى المشتري وينتقل حق الثمن إلى البائع.

والإلتزامات المترتبة على عقء البيع هو إلتزام البائع بتسليم المبيع وإلتزام المشتري بتسءيد الثمن فيكون التعريف الصحيح للعقء كالأتي (ارتباط الإيجاب من أءء العاقءين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقوء عليه والعاقء). وتوزع دراسة العناصر والأنواع على مطلبين.

^(١) لقءري باشا - مرشء الهيمان إلى معرفة أحوال الإنسان.. فهذا المؤلف عبارة عن تقنين أحكام الفقه الإسلامي في مذهب أبي حنيفة.

المطلب الاول

عناصر العقد

عناصر كل شيء هي ما يتوقف عليها هذا الشيء، والعنصر إذا كان جزءاً من الشيء يسمى ركناً وإلا فيسمى شرطاً.

أركان العقد:

أركان العقد ثلاثة إجمالاً، وهي: (الصيغة والعائد والمعقود عليه) وستة تفصيلاً، لأن الصيغة تشمل الإيجاب والقبول، والعائد عبارة عن طرفي العقد، والمعقود عليه يراد به العوضان (المبيع والثمن في عقد البيع) مثلاً.

شروط إنعقاد العقد:

شروط إنعقاد العقد سبعة وهي:

- ١- مطابقة الإيجاب والقبول في الأمور الجوهرية.
- ٢- اتحاد مجلس الإيجاب والقبول حقيقة كما في العقد بين الحاضرين، أو حكماً كما في إبرام العقد عن طريق وسائل الاتصالات المعلوماتية الحديثة.
- ٣- تعدد العائد حقيقة أو حكماً كما في شراء الوكيل لنفسه المال الذي وكل ببيعه برضاء الموكل ففي هذه الصورة العائد واحد حقيقة واثنان حكماً^(١).
- ٤- أن يكون العائد مميزاً في المعاوضات^(٢) وبالفأ عاقلاً في التبرعات^(٣) أي يشترط أن يكون المتبرع بالغاً سن الرشد.

(١) هو عائد أصالة بالنسبة لنفسه ونياية بالنسبة للبائع.

(٢) عقد المعاوضة ينعقد موقوفاً في حالة كون أحد العاقدين مميزاً غير بالغ سن الرشد، وتترتب عليه الآثار بعد إجازة الولي، فإن إجازته ينتج آثاره بالأثر الرجعي من تاريخ إبرامه، وإن لم تحصل الإجازة فيعتبر كأنه لم يكن أصلاً.

(٣) التبرعات هي التي لا يأخذ أحد العاقدين مقابل لما يعطيه للآخر فيكون ضرراً محضاً وبالتالي يكون باطلاً.

٥- أن يكون محل العقد معيناً بالرؤية أو الإشارة أو الموصفات أو قابلاً للتعيين كبيع المال المثلي الغائب فهو يتعين بالافراز.

٦- أن يكون محل العقد قابلاً للتعامل (مقوماً) فلا يصح بيع المخدرات لعدم مشروعيتها، ولا بيع السمك في النهر وبيع الطير في السماء لعدم حيازتهما.

٧- أن يكون المحل قابلاً للتقسيم إذا كان المشتري يريد الحصول على المبيع مستقلاً بعيداً عن الشراكة فلا يصح بيع مال لا يقبل القسمة أو يقبلها مع حدوث الضرر لأحد العاقدين أو كليهما كبيع نصف غرفة مشتركة في دار مشتركة.

فإذا تخلف ركن من أركان العقد المذكورة أو شرط من هذه الشروط يكون العقد باطلاً.

شروط صحة العقد:

١- شرط التمييز أو العقل يحتاج الى وصف مكمل وهو خلوه من الإكراه، فعقد المكره فاسد.

٢- كون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين، يحتاج الى وصف مكمل، وهو خلوه من الغرر، فإذا كان في تعيينه غرر يكون فاسداً، كان يقول البائع بعثك هذا بكذا نقداً وبكذا تقسيطاً، وبناء على ذلك يجب أن يتفقا مقدماً على مقدار أحدهما، فلا يبقى العوض متردداً بين النقد والتقسيط.

٣- أن لا يكون العقد ربوياً كعقد القرض بفائدة، فالتاجر الذي يقرض مبلغاً لآخر مقابل فائدة يكون عقد القرض فاسداً.

أما المقترض الذي يستلف من البنك مبلغاً للبناء أو لعلاج المريض أو أي شيء آخر ضروري فالعقد بالنسبة إليه صحيح لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ^(١) فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ^(٢)﴾.

(١) أي متجاوز عن حدود حاجته

(٢) سورة البقرة ١٧٣.

- ٤- أن لا يكون العقد مقترنا بشرط فاسد، كمن يبيع داره ويشترط على المشتري أن يسمح له في البقاء فيها مدة سنة مثلاً بدون مقابل ويضطر المشتري بأن يقبل هذا الشرط لأسباب له مصلحة فيها كقرب الدار من مقر عمله.
- ٥- كون محل العقد قابلاً للتسليم يحتاج إلى وصف مكمل وهو خلوه من الضرر وقت التسليم، فكل عقد يترتب على تسليم محله ضرر، كأن يكلف نقله من محل إلى آخر المشتري مبلغاً باهظاً يكون العقد فاسداً.

أهمية التمييز بين الباطل والفاسد:

- ١- العقد الباطل لا يتحول إلى صحيح بإزالة سبب بطلانه بل يجب إعادة إبرامه خالياً عن سبب البطلان بخلاف الفاسد فإذا أزيل سببه يتحول إلى الصحيح تلقائياً كتنازل المقرض في عقد القرض بفائدة عن فائدته وكإجازة المكره للعقد الذي أبرمه تحت ضغط الاكراه بعد زوال آثار الاكراه.
- ٢- الزواج الفاسد بخلاف الزواج الباطل إذا حصل الدخول فيه تترتب عليه الآثار الشرعية الآتية لوجود الشبهة:
- أ- إذا تكون من الدخول ولد يكون نسبه شرعياً، فله الحقوق وعليه الالتزامات الشرعية.
- ب- إذا تم التفريق بين الزوجين تجب على المدخول بها العدة، وعلى الداخل مهر المثل تعويضاً عن الضرر الأدبي الناتج عن الدخول.
- ج- لا تجب عقوبة الزنى على كل من الداخل والمدخول بها.
- د- تثبت بهذا الدخول قرابة المصاهرة، فيحرم أصول وفروع المدخول بها على الداخل، وأصول وفروع الداخل على المدخول بها^(١).

(١) لمزيد من التفصيل في التمييز بين الباطل والفاسد يراجع المراجع الحنفية الآتية: بدائع الصنائع للكاظمي ٣٠٨٠/٧ وما يليها تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤٣/٤ وما يليها، فتح القدير لابن الهمام ٤٠٠/٦

المطلب الثاني

أنواع العقد

ينقسم العقد الى عدة أنواع بحيثيات مختلفة كالآتي:

أولاً: من حيث النكيف الشرعي والقانوني للعقد

يقسم الى ثلاثة تقسيمات، التقسيم الثلاثي والتقسيم الرباعي والتقسيم الخماسي.
(أ) التقسيم الثلاثي: الى الباطل بطلاناً مطلقاً، والباطل بطلاناً نسبياً قابلاً للإبطال، والتصحيح.

١- العقد الباطل بطلاناً مطلقاً:- هو الذي تخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط إنعقاده فهو والعدم سيات لاترتب عليه الآثار الشرعية والقانونية الأصلية التي تترتب على العقد الصحيح.

٢- العقد القابل للإبطال (الباطل بطلاناً نسبياً) :- وهو عقد توافرت فيه أركانه وشروط إنعقاده لكن كان الرضا أو إرادة العاقد معيباً بعيب من عيوب الإرادة وهي الإكراه والتفجير والغلط والاستغلال فاذا أجازه من تقررت القابلية للإبطال لمصلحته، أصبح نافذاً لازماً غير قابل للإبطال، ويكون قابلاً للإبطال ايضاً اذا كان احد العاقلين ناقص الأهلية.

٣- العقد الصحيح: - هو العقد الذي توفرت فيه أركانه وشروط إنعقاده. وهذا التقسيم الثلاثي هو تقسيم القانون والفقه الغربيين، وقد تأثر بهما بعض القوانين المدنية العربية، كالمدني المصري القائم والمدني السوري القائم. ومن وجهة نظرنا المتواضع أن هذا التقسيم خاطيء، ويخالف للمنطق القانوني من الأوجه الآتية:-

أ- إعتبار العقد القابل للإبطال غير صحيح لأنه جعل قسيماً للعقد الصحيح وقسيم الشيء، مباين له ورغم ذلك يقول أنصار هذا التقسيم إن العقد القابل للإبطال ينتج جميع آثاره وهذا خطأ وتناقض بين عدم صحة العقد وترتب الآثار القانونية عليه.

ب- إعتبار عقد الفضولي^(١) عقدا قابلا للإبطال مع أنه لا ترتب عليه الآثار الأبعد الإجازة باعترافهم الصريح.

ج- إعتبار العقد النافذ غير اللازم عقدا غير صحيح لأنهم يطلقون عليه مصطلح العقد القابل للإبطال.

د- إعتبار العقد الموقوف غير صحيح لأنهم يعتبرونه من تطبيقات العقد القابل للإبطال مع أنه ينعقد صحيحا ولكن لا ترتب عليه الآثار والحقوق والالتزامات إلا بعد الإجازة.

ومن المؤسف أن نجد أن أكثر القوانين المدنية العربية أخذت بهذا التقسيم الثلاثي واستبعدت الفقه الإسلامي الذي يعد أدق فقه في العالم بالنسبة لتقسيمات العقد من حيث التكييف الشرعي والقانوني.

ب) التقسيم الرباعي:- وهو تقسيم جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، فقسّموا العقد الى الصحيح والباطل ثم قسّموا الصحيح الى ثلاثة أقسام:

١- العقد الصحيح الموقوف: وهو عقد ينعقد صحيحاً، ولكن لاينتج آثاره الأبعد الإجازة بمن له حق هذه الإجازة، كبيع ناقص الأهلية فإنه موقوف وينتج آثاره بعد إجازة الولي.

٢- العقد النافذ غير اللازم: - كالعقد الذي يتم تحت تأثير التدليس وهو استعمال الطرق الاحتيالية المضلّة من أحد العاقدين أو شخص ثالث متواطئ معه لإيقاع العاقد الآخر في الغلط وبالتالي لدفعه الى التعاقد.

٣- العقد الصحيح النافذ اللازم:- وهو الذي توافرت فيه شروط النفاذ واللزوم.

ج) التقسيم الخماسي: - وهو ما تزعمه فقهاء الحنفية وعبارة عن الأقسام الأربعة المذكورة لجمهور الفقهاء، إضافة الى قسم خامس وهو العقد الفاسد.

(١) وهو ان يبيع شخص مال غيره أو يشتري له مالا بدون نيابة، فإذا أجز من قبل من تم العقد لمصلحته ترتبت عليه الآثار وإلا فيُعد باطلا.

وقد مر تفصيل نشأة العقد الفاسد وأهمية التمييز بينه وبين الباطل. وقد قالوا: العقد الباطل: هو العقد غير المشروع بأصله ووصفه، والعقد الفاسد:- هو المشروع بأصله وغير المشروع بوصفه.

وجدير بالذكر أن المشرع العراقي أخذ بالتقسيم الخماسي في قانون الأحوال الشخصية^(١) وبالتقسيم الرباعي في سائر القوانين العراقية.

ثانياً: من حيث التنظيم مسمى وغير مسمى:

- ١- العقد المسمى: هو الذي خصه المشرع أو القانون باسم معين ونظم عناصره وأحكامه كعقد البيع والإيجار والمقابلة وغيرها.
- ٢- العقد غير المسمى:- هو الذي لم يخصه المشرع أو القانون باسم معين ولم ينظمه بل تركه ينخضع للقواعد العامة.

ثالثاً: من حيث العنصر رضائي، وشكلي، وعيني:

- ١- العقد الرضائي: هو الذي يكفي لانعقاده وترتب آثاره توافر تراضي العاقدین (توافق إرادتهما) .

وجدير بالذكر أن أكثر العقود في القوانين المدنية العربية هي عقود رضائية.

- ٢- العقد الشكلي: هو الذي لا يكفي فيه مجرد التراضي بل يجب -إضافة الى ذلك- توفر الشكلية التي يقرها القانون، كبيع العقار فهو لا ينعقد ما لم يُسجل في دائرة مختصة^(٢).

- ٣- العقد العيني: وهو الذي لا تتم آثاره إلا بعد القبض، كعقد هبة المنقول والاعارة والرهن الحيازي والوديعة والقرض، فالعقد من هذه الأصناف الخمسة ينعقد، ولكن لا تتم آثاره إلا بعد القبض، أي ينشئ الالتزامات دون الحقوق، خلافاً لما عليه شراح القانون من أن العقد في كل صنف من هذه الأصناف لا ينعقد إلاً بالقبض، ويلقون اللوم على الفقه الإسلامي ويتهمون بأنه غرق في

(١) رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المادة السادسة والمادة الثانية والعشرون.

(٢) المادة (٥٠٨) من المدني العراقي القائم. والمادة (٣) من قانون التسجيل العقاري القائم.

العقود العينية، في حين أن الإسلام يعتبر العقد العيني وسطاً بين العقد الرضائي والعقد الشكلي، فينشأ الالتزام قبل القبض ولا ينشأ الحق إلا بعده.

رابعاً: من حيث عنصر الزمن، فوري ومستمر:

١- العقد الفوري: هو الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً في تحديد محله كعقد البيع.

٢- العقد المستمر التنفيذ (أو عقد المدة) :- هو الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً في تعيين محله، كعقد الاجارة.

خامساً: من حيث معرفة موضوع الالتزام محدد واحتمالي:

١- العقد المحدد:- هو الذي يعرف كل من العاقلين مقدماً مقدار ما يعطيه للآخر وما يأخذه منه، كعقد البيع.

٢- العقد الاحتمالي: وهو الذي لا يعرف كل من الطرفين مقدماً ما يأخذه وما يعطيه كعقد بيع يكون ثمنه مرتباً مدى الحياة وكعقد التأمين على الحياة مقابل دفع المؤمن له أقساطاً شهرية.

سادساً: من حيث الطبيعة، مدني وتجاري وإداري:

١- العقد المدني: هو الذي لا يقصد به جني الأرباح منه ويخضع للقانون المدني.

٢- العقد التجاري: هو الذي يكون الغرض منه كسب الأرباح ويخضع للقانون التجاري.

٣- العقد الإداري: هو الذي يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً، ويخضع للقانون الإداري.

سابعاً: من حيث المفاوضات:

١- عقد الإذعان: - هو الذي يذعن أحد العاقلين للآخر ويخضع لشروط يفرضها

عليه بدون أن يكون له حق المناقشة والمساومة كعقد الكهرباء وعقد الماء وعقد الهاتف ونحو ذلك.

٢- عقد المساومة:- وهو عقد قابل للمفاوضة والمناقشة كعقد الإيجار.

ثامنا: من حيث طبيعة المحل عقد المنفعة وعقد العين وعقد العمل:

١- عقد المنفعة: هو الذي يكون المحل فيه منفعة بمقابل كعقد الاجارة وبدونه، كعقد الاعارة.

٢- عقد عيني: وهو الذي يكون المحل فيه عينا من الأعيان، كبيع السيارة.

٣- عقد العمل: هو الذي يرد على العمل، كعقد المقاول.

تاسعا: من حيث الأصالة، أصلي وتبعي:

١- العقد الأصلي: هو الذي يكون وجوده مستقلا غير مستند الى عقد آخر كالعقود المذكورة.

٢- عقد تبعي: - تابع لعقد آخر وجوداً وعدمأ كعقد الكفالة. فاذا إنقضى إلتزام الأصل ينقضي إلتزام الكفيل.

عاشرًا: من حيث الماهية بسيط ومركب:

١- العقد البسيط: هو ما اقتصر على عقد واحد كعقد الاجارة.

٢- العقد المركب: هو الذي يتكون من أكثر من عقد واحد كعقد الفندقية فهو إيجار بالنسبة للسكن، وبيع بالنسبة للأكل، وعمل بالنسبة للخدمة، ووديعة بالنسبة للأمتعة^(١).

حادي عشر:- من حيث العوض:

١- عقد معاوضة وهو الذي يأخذ فيه كل من العاقدين مقابلا لما أعطى كالمقايضة وعقد الإيجار.

٢- عقد تبرع وهو الذي لا يأخذ فيه احد العاقدين مقابلا لما يعطى كعقد الهبة والعارية.

(١) لمزيد من التفصيل ينظر مؤلفنا نظرية الالتزام برد غير المستحق ص ١٢٢ وما يليها.

المبحث الثالث

آثار العقد

لكل عقد ينعقد صحيحاً آثار شرعية وقانونية أصلية تسمى الحقوق والالتزامات ، وهذه الآثار قد تكون متبادلة كما في عقد البيع ، فللبائع الحق في تسلم الثمن وعليه الالتزام بتسليم المبيع والمشتري الحق المنصب على المبيع وعليه الالتزام بتسديد الثمن فكل منهما دائن ومدين للآخر.

وقد تكون الآثار موزعة على الطرفين لأحدهما الحق فقط وعلى الآخر الالتزام وحده كعقد الهبة فالواهب ملتزم بتسليم الموهوب للموهوب له فهو مدين وليس بدائن ، وللموهوب له الحق في المطالبة بتسليم الموهوب ، فهو دائن وليس مديناً. وتوزع دراسة موضوع هذا المبحث على مطلبين يخصص الأول للتعريف بالحق المالي والثاني للالتزام المالي.

المطلب الأول

التعريف بالحق المالي

الحق: عرفه فقهاء القانون بتعريفات مختلفة في التعبير أو في المعنى وهي لا تخلو من نقص أو زيادة أو عيب ، لذا أقترح أن يُعرف الحق بأنه: (مركز شرعي أو قانوني على شيء من شأنه أن ينتفع به صاحبه أو غيره).

وهذا التعريف يشمل الحقوق المالية وغير المالية من الحقوق السياسية والأسرية والمادية والمعنوية.

أقسام الحق:

للحقوق أقسام متعددة كما ذكرنا بحديثات مختلفة لكن التي تهمنا في هذا المبحث هي الحقوق المالية وهي إما عينية أو شخصية: -

١- الحق العيني: سلطة مقررة لشخص معين مباشرة على شيء معين ومن تطبيقاته حق الملكية وحق الانتفاع

٢- الحق الشخصي: عرفه القانون وفقهاء القانون بأنه رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما وهو المدين بأن يقوم بعمل أو يمتنع عن العمل أو باعطاء شيء..

هناك محاولة منذ عهد الرومان لهدم هذا التقسيم عن طريق تقريب الحق العيني من الحق الشخصي بارجاع الحقوق جميعا الى الحق الشخصي على أساس أنها ترجع الى الروابط بين الأشخاص^(١).

وهناك اتجاه آخر يحاول ادخال الحق الشخصي في دائرة الحق العيني^(٢). على أساس أن الحق كله عبارته عن قيمة مالية وجزء من الذمة المالية تجري فيه التصرفات التي تجري على الحق العيني يباع مثله ويرهن ويوهب ونحو ذلك.

لكن الاتجاه الذي يجب أن يؤخذ به هو التفرقة بينهما. وجدير بالذكر أن الحق الشخصي في القانون يساوي الدين في الفقه الإسلامي، كما أن الحق العيني في القانون يرادف العين في الفقه الإسلامي. وقد سبق بيان ذلك ومن حيث الطبيعة قسم الحق الى المادي، كحق الملكية في الدار أو السيارة أو نحوهما، وإلى الحق الذهني (أو المعنوي)، كحق المؤلف على أفكاره وآرائه ومعلوماته التي دونها في مؤلفه، وأما حقه على أصل الكتاب فهو حق مادي.

ثم إن الحق إذا خصص للنفع العام يُسمى حقاً عاماً، كحق المواطن في الانتفاع بالمرافق العامة للدولة، كالمستشفى والمدرسة ونحوها، وإلا فيُسمى حقاً خاصاً.

(١) وترغم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي (بلانجيل).

(٢) وعلى رأس أنصار هذا الاتجاه الفقيه الألماني (فون جيرك) والفقيه الفرنسي (لامبير).

المطلب الثاني الالتزام المالي

الالتزام:

الالتزام عرفه المشرع العراقي في المدني القائم المادة (٦٩) بما يقابل الحق الشخصي، على أساس أنهما كعملة واحدة ذات وجهين، بالنسبة الى الدائن حق شخصي وبالنسبة الى المدين إلتزام.

فنصت الفقرة الاولى على أن (الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقا عينيا أو يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل).

ونصت الفقرة الثانية على أنه (يعتبر حقا شخصيا الإلتزام بنقل الملكية أيا كان محلها نقداً أو مثليات أو قيميات).

ويعتبر كذلك حقا شخصيا الإلتزام بتسليم شيء معين).

ويلاحظ على هذه الفقرة أن الملكية في المنقولات المعينة بالرؤية أو الاشارة تنتقل بمجرد العقد لا بالإلتزام بعده، كما أن النقد من المثليات فلا داعي لذكره مستقلا. ونصت الفقرة الثالثة على أنه (يؤدي التعبير بلفظ الإلتزام ولفظ الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي) . أي ان هذه الالفاظ الثلاثة مترادفة.

ويلاحظ أن الدين موضوع الإلتزام وليس مرادفاً له، وأن الحق الشخصي صفة الدائن والإلتزام صفة المدين فما دام الموصوفان متباينين تكون صفتاهما كذلك فكيف يكونان مترادفين؟

ثم إن فقهاء القانون يعتبرون أن الذمة المالية تتكوّن من جزئين أحدهما ايجابى وهو الحق الشخصى، والثانى سلبى وهو الإلتزام وأن الذمة دائنة إذا زادت الحقوق الشخصية على الإلتزامات، وبـعكس ذلك تكون مدينة. وإذا كان الأمر كذلك فكيف

يصح القول بأنهما مترادفان ثم إن الرابطة القانونية في علم الفلسفة من مقولة الاضافة أي صفة مشتركة بين شيئين تصورها بالنسبة لأحدهما يقارن تصور الآخر كما في الأبوة والأخوة.

والالتزام من مقولة الانفعال (التأثر) وصفة خاصة بالمدين فكيف يحوز تعريف صفة خاصة بالصفة المشتركة مع أن المعرف والمعرف يجب أن يكونا متحدين بالذات حتى يمكن حمل أحدهما على الآخر، وأن يكونا مختلفين بالاعتبار حتى لا يلزم حمل شيء على نفسه كتعريف الجريمة بأنها عظمور يعاقب عليه، وجدير بالذكر أن ما ورد في هذه المادة (٦٩) هو إتجاه فقهاء القانون ومنهم الاستاذ السنهوري حيث عرف الالتزام بأنه (حالة قانونية^(١)).

وهذا التعبير (حالة قانونية) هو نفس تعبير (الرابطة القانونية) فيرد على هذا التعريف ما أوردناه على تعريف القانون المدني.
وبناء على ذلك أقترح أن يعرف الالتزام بأنه (تحمل أداء واجب طوعاً^(٢) أو كرهاً^(٣) يترتب عليه إنشغال الذمة بحق للغير حتى ينقضي^(٤)).

عناصر الالتزام:

يرى أكثر علماء القانون أن عناصر الالتزام ثلاثة وهي: المحل والرضا والسبب وهي نفس عناصر العقد وهذا يرفضه المنطق القانوني لأن عنصر الشيء ما يتوقف عليه هذا الشيء وبناء على ذلك تكون عناصر الالتزام ستة

١- الإلزام: لانه فعل والالتزام إنفعال (مطابقة) يقال ألزمته فالتزم.

٢- الملتزم: وهو المدين.

٣- الملتزم له: وهو الدائن

٤- الملتزم فيه: وهو موضوع الالتزام

(١) الوسيط ١٢٥/١ البند (١٤).

(٢) كالالتزام المترتب على عقد البيع.

(٣) كالالتزام بدفع الضريبة.

(٤) بسبب من أسبابه كالوفاء والمقاصة.

٥- الملتزم به: وهو محل الالتزام

٦- سبب الالتزام

وعلى سبيل المثل عقد البيع سبب للالتزام والقانون مصدره الملزم والبائع ملتزم بتسليم السيارة وملتزم له بتسلم الثمن، كما أن المشتري ملتزم بتسديد الثمن وملتزم له بتسلم المبيع، والتسليم الذي هو الأداء محل الالتزام.

وقد خلط ^(١) كثير من القوانين وعلماء القانون بين موضوع الالتزام الذي هو محل العقد وبين محل الالتزام وهو الأداء كالتسليم والتسديد والرد ونحو ذلك. وهذا خطأ، لأن الالتزام من الأحكام التكليفية لا يتعلق إلا بالأفعال دون الأعيان.

مصادر الالتزام:

أقرت القوانين العربية المتأثرة بالقوانين الغربية أن مصادر الالتزام خمسة وهي العقد والارادة المنفردة والفعل غير المشروع الضرر والإثراء بلا سبب (أو كسب دون سبب) والقانون. وهذا خلط بين الأسباب والمصادر لأن ماعدا القانون يعد في المنطق القانوني أسبابا للالتزام وأن المصدر هو القانون أو الشرع وحده للأسباب الآتية: -

١- الإلتزام حكم تكليفي باتفاق فقهاء الشريعة والقانون والحكم التكليفي لا يصدر الا عن الشارع أو المشرع ^(٢)

٢- أجمع فقهاء القانون على ان المصادر للالتزامات المترتبة على الوقائع الطبيعية هو القانون والفرق بينهما وبين الأسباب الأربعة المذكورة ليس الا بتدخل الارادة في تلك الاسباب وعدمها في الوقائع وهذا لا يستوجب اعتبار المصادر في احدهما نفس الاسباب وفي الاخر القانون.

^(١) كما في القانون العراقي القائم ١/١٢٩ التي تنص على أنه (يجوز أن يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعيينا نافيا للجهالة والغرر) والصواب أن يقال يجوز ان يكون (موضوع الالتزام) أو (محل العقد) لان محل الالتزام دائما يكون فعلا وليس عينا من الأعيان.

^(٢) الشارع يستعمل لذات الله، والمشرع يستخدم للسلطة التشريعية الزمنية لأن الصيغة الثانية تدل على تحمل الكلفة والمشقة والله منزعه عنهما

٣- الاجماع على ان مصدر القضايا الجنائية هو القانون ولا فرق بينهما وبين القضايا المدنية الا بطبيعة الخطأ الذي هو من عناصر المسؤولية وهذا لا يكون مبرراً للفرقة بينهما من حيث المصدرية.

٤- لا خلاف في ان العقد والارادة المنفردة من أسباب كسب الحقوق، ولا فرق بين الحقوق والالتزامات من حيث كونها من آثار العقد، فلماذا يعتبران من الأسباب في الحقوق ومن المصادر بالنسبة للالتزامات مع وحدة طبيعة الكل وهي الآثار؟!

٥- لو خُلي الإنسان وطبعه لما نفذ الالتزام غالباً. وبتعبير اخر لو لا خوف من جزاء يفرضه القانون أو الشرع على كل من يُخل بالالتزامه، لما نفذ كثير من الناس التزامه، لأن القوة الملزمة لتنفيذ الالتزام في الواقع، هو القانون، وبالتالي يكون هو المصدر الوحيد.

٦- قبل نشأة القانون والدولة كان مصدر الالتزام عبارة عن الأعراف السائدة، ثم جاء القانون فحل محلّها، فلا يبقى فرق من حيث المصدرية بين البديل والمبدل منه^(١).

انواع الالتزام:

ينقسم الإلتزام الى أقسام متعددة بميشتات مختلفة كالآتي:

أولاً: من حيث الحماية القانونية، مدني وطبيعي:

١- الإلتزام المدني: هو إلتزام قانوني كامل يحميه القانون فتسمع الدعوى القانونية بمطالبة تنفيذه، وعلى القاضي ان يحكم بالوفاء به كاملاً فإذا كان الوفاء ناقصاً أو كان الملتزم ممتنعاً عن الوفاء بدون مبرر قانوني، يحكم بالجزاء وهو التعويض أو بيع أمواله قسراً لغرض التنفيذ الجبري.

٢- الإلتزام الطبيعي: هو الذي فقد الحماية القانونية وصفة التنفيذ الجبري والمسؤولية لسقوطه بالتقادم المسقط ونحوه، اي بمضي مدة التقادم على ترك

^(١) لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا نظرية الإلتزام بالرّد غير المستحق ص ٣ ومايليها.

المطالبة به، ومدة التقادم في القانون تختلف باختلاف طبيعة الحقوق والالتزامات، وهي عادة تتراوح بين سنة ^(١) وبين خمس عشرة سنة. ويتميز الالتزام المدني من الطبيعي بتوفر عنصر المسؤولية اي على الدائن أن ينفذ التزامه باختياره وإلا فيجبر عليه. وجدير بالذكر ان التقادم المسقط تحول دون سماع الدعوى أي تسقط الدعوى دون الحق، فأحق يبقى بذمة المدين لكن لا يجبر على التنفيذ بل أمر التنفيذ متروك إلى إرادة المدين، فإذا نفذ بإرادته الحرة لا يحق له التراجع بحجة أن التنفيذ كان لالتزام طبيعي.

ثانيا: من حيث صور موضوعه ^(٢) الالتزام بعطاء او القيام بعمل او الامتناع عن عمل:

١-الالتزام بعطاء: هو الالتزام بنقل شيء كالملكية مثل إلتزام البائع بإفراز المبيع إذا كان ما لا مثلياً معيناً بنوعه، أو إنشاء حق عيني كالتزام الجار بإنشاء حق الارتفاق لعقار، جاره من ممر أو مجرى أو نحوهما من حقوق الارتفاق وكالتزام البائع بنقل ملكية المبيع بتسجيله في دائرة الشهر العقاري في القانون المصري لأن بيع العقار خارج هذه الدائرة المختصة ينشئ الالتزام بالتسجيل ولكن لا ينشئ الحق الا بعده بخلاف القانون العراقي (م ٥٠٨) المدني العراقي (م ٣) من قانون التسجيل العقاري القائم حيث يكون العقد باطلا لا ينشئ التزاما ولاحقا. والشرع الإسلامي لا يعارض هذه الشكلية مادامت فيه حماية حقوق الناس.

٢-الالتزام بعمل: سواء كان عملا ماديا كقيام المقاول بإنشاء مشروع بعد إكمال عقد المقاولة أو معنوياً (عملاً قانونياً) كنيابة الوكيل عن الأصيل في ممارسة تصرف قانوني وكُل فيه، وسواء أكان العمل غير قابل للنيابة بحيث لا يجوز لغيره

^(١) كما في الاستغلال فتسقط الدعوى بعد مضي سنة، اي على من استغل في العقد ان يطالب برفع الغبن عنه الى الحد المقرر خلال سنة من وقت العقد. المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي القائم.
^(٢) في شروح القانون (من حيث صور عمله) كما وردت في مصادر الالتزام للأستاذ عبدالمنعم البدراني ص ١٥ وهذا خطأ كما ذكرنا مرارا لأن المحل هو الأداء الواجب في جميع الالتزامات والمحل موضوع الالتزام ومحل العقد.

الوفاء به، كالالتزام فنان برسم لوحة معينة أو طبيب مختص لإجراء عملية، أو كأن يقبل النيابة كالنائب عن المقاتل في انشاء مشروع يقبل النيابة.

٣- الالتزام بالامتناع عن العمل: سواء أكان امتناعاً عن عمل مادي كالالتزام شخص بعدم منافسة آخر في نشاط تجاري معين في منطقة معينة، أم التزاماً بالامتناع عن عمل قانوني كالالتزام البائع بعدم التعرض للمبيع بعد قبضه.

ثالثاً: من حيث النتيجة التزام ببذل العناية والالتزام بتحقيق الغاية:

١- الالتزام ببذل العناية: كالالتزام الجراح ببذل العناية ورعاية أصول وقواعد طبية واتخاذ الحيلة والحذر فيما يتعلق بالأجراء الجراحي فلا يستطيع المريض أو ورثته إقامة الدعوى ضد الطبيب الجراح المختص إذا فشلت العملية رغم بذل العناية

٢- الالتزام بتحقيق الغاية: وهو أن يكون ملتزماً بتحقيق غاية خاضعة لإرادته كالالتزام الطالب بالنجاح في إمتحان القبول والاجتياز من مرحلة الى أخرى.

رابعاً: من حيث الأجل إلتزام حال وإلتزام مؤجل:

١- الإلتزام الحال: هو الذي لا يتفق الملتزم فيه والملتزم له على تنفيذ الإلتزام بعد أجل معين، فالمفروض أن كل إلتزام مترتب على العقد حال يجب تنفيذه فوراً ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.

٢- الإلتزام المؤجل: وهو الذي يتم الاتفاق على تحديد موعد معين في المستقبل لتنفيذه، كالبيع بالتقسيط وكالاتزامات المترتبة على عقد التأمين.

خامساً: من حيث الموضوع عيني وشخصي:

١- الإلتزام العيني: هو الإلتزام بإداء معين يثبت في عين معينة، وبتعبير آخر هو الإلتزام الذي يكون موضوعه عيناً معينة كالإلتزام بتسليم المبيع، فهو موضوع الإلتزام وعمله هو التسليم.

٢- الإلتزام الشخصي: هو الذي يكون موضوعه حقاً شخصياً كالدين المتعلق بذمة المدين.

وقد زعم البعض أن فكرة الإلتزام العيني غامضة في التشريعات الوضعية، فمنهم من يرى أنه إلتزام شخصي عادي وذهب البعض الى أنه إلتزام قائم بذاته فهو وسط

بين الحق العيني والحق الشخصي، ويرى فريق منهم الاستاذ السنهوري أن الالتزام العيني إمتداد للحق العيني وليس إلتزاماً قائماً بذاته^(١). ونرى أن هذه الخلافات ناتجة عن عدم تعريف جامع مانع لكل من النوعين كما ذكرنا آنفاً.

سادساً: من حيث النطاق عام وخاص:

١- الالتزام العام: هو إلتزام كل شخص بأن لا يلحق الضرر بالغير بدون مبرر في جميع علاقاته الماليه كالامتناع عن الفش أو التدليس أو الاستغلال أو نحو ذلك ضد الإنسان أياً كان والاخلال به يشكل مسؤولية تقصيرية.

٢- الالتزام الخاص: هو إلتزام احد العاقدين تجاه الآخر والاخلال به يؤدي الى المسؤولية العقدية.

سابعاً: من حيث المنشأ أصلي وتبعي:

١- الالتزام الأصلي: هو التزام مستقل غير تابع لإلتزام آخر، كإلتزام العاقدين في عقد البيع أو عقد الإيجار أو نحوهما، ولا ينقضي هذا النوع إلا بأسباب الانقضاء لجميع الإلتزامات.

٢- الالتزام التبعي: هو إلتزام غير مستقل وإنما هو تابع لإلتزام آخر أصلي، فيبقى ببقائه وينقضي بانقضائه، كإلتزام الكفيل بوفاء الدين إذا لم يف به الأصيل، فيبقى مستمراً مادام إلتزام الأصيل باقياً فإذا إنقضى بطريقة من طرق الإنقضاء كالوفاء والمقاصة وإتحاد الذمة^(٢) ونحوها، ينقضي إلتزام الكفيل تبعاً تلقائياً.

(١) ينظر د. عبد العزيز عبد القادر. الالتزام العيني بين الشريعة والقانون ص ٥

(٢) إتحاد الذمة كأن يموت الدائن ويُنحصر ورثته في المدين.

ثامناً: من حيث الطبيعة مدني وجنائي:

- ١- الالتزام المدني: هو الالتزام الذي يكون الاخلال به مؤدياً الى قيام مسؤولية عقدية كإخلال البائع بتسليم المبيع في زمان ومكان معينين، وكإخلال المشتري بتسليم الثمن في موعده المحدد.
- ٢- الالتزام الجنائي: - هو الذي يكون الاخلال به جريمة كإخلال الملتزم قانوناً بعدم الاعتداء على حياة شخص بريء. وكالالتزام بالإمتناع عن خيانة الأمانة.

تاسعاً: من حيث طبيعة الأداء التزام ذي أداء إيجابى والتزام ذي أداء

سلبى:

- ١- الالتزام ذو الإداء الإيجابى: هو التزام شخص بإعطاء شيء لآخر كالتزام الواهب بتسليم الموهوب للموهوب له.
- ٢- الالتزام السلبى أو ذو الأداء السلبى: هو التزام يتطلب من المدين أن يمتنع بموجب الاتفاق عن الإتيان بكل ما كان يجوز أن يقوم به لولا وجود هذا الالتزام كالتزام المشتري بعدم منافسة البائع في بيع مثل ما يبيعه في محله التجاري^(١).

عاشرأ: من حيث الوفاء تام وناقص:

- ١- الالتزام تام الوفاء: - هو أن يقوم المدين بتنفيذ إلتزامه في جميع ما إلتزم به كما هو المطلوب منه شرعاً أو قانوناً أو اتفاقاً.
- ٢- الالتزام ناقص الوفاء: كالأخلال بإداء ناقص من حيث الكمية أو الكيفية أو التأخير، فإذا ترتب على ذلك ضرر يجب على المدين تعويض هذا الضرر.

حادى عشر: من حيث التنفيذ اختياري وجبري:

- ١- الالتزام ذو التنفيذ الإختياري: هو الذي يقوم المدين بتنفيذه الذي يسمى الوفاء باختياره.
- ٢- الالتزام ذو التنفيذ الجبري: وهو الذي يفرضه القضاء على المدين إذا إمتنع عن الوفاء باختياره.

(١) ينظر الدكتور عبد الهى حجازي - النظرية العامة للإلتزام ٤/٢ وما يليها

المبحث الرابع

أهلية الالتزام وعوارضها

وتوزع دراسة الموضوع على مطلبين يخص الأول
للتعريف بالأهلية، والثاني للتعريف بعوارض
الأهلية.

المطلب الأول

التعريف بالأهلية

الأهلية:

وهي لغة الصلاحية، يقال فلان أهل لكذا.
وفي الإصطلاح الفقهي تنقسم إلى أهلية الوجوب وأهلية الأداء.. وكل منهما تنقسم
إلى الناقصة والتامة.
ولكل قسم تعريف خاص به لذا لا يمكن تعريف الأهلية بصورة مطلقة لاختلاف
ماهيات الأقسام المدرجة تحتها.

أولاً: أهلية الوجوب الناقصة:

وهي صلاحية الشخص لأن تثبت له بعض حقوق نافعه لا تحتاج إلى القبول كحق
الميراث بعد وفاة مورثه، وحق الوصية بعد وفاة الموصي، وحق غلة الوقف إذا كان من
الموقوف عليهم.

وتثبت هذه الأهلية للجنين قبل ولادته غير أن ما يثبت له من تلك الحقوق لا تكون
ملكيتها لها نافذة في حال قيام أسبابها، بل تتوقف على ولادته حياً فإذا ولد حياً
تثبت ماليتها مستندة إلى وقت وجود سببها بالأثر الرجعي.

وإن ولد ميتاً بعد أن كان موجوداً، فيُرد كل ما احتفظ به له إلى من يستحقه علي تقدير عدم وجوده أصلاً.

أما الحقوق التي تحتاج إلى القبول، كشرائه شيء له، فلا تثبت له لأن المجنين قبل ولادته ليست له عبارة وليس له ولي ولا وصي^(١).

ثانياً: أهلية الوجوب الكاملة:

وهي صلاحية الشخص لشبوت الحقوق له وعليه، أي تثبت له الحقوق وتجب عليه بعض الالتزامات بمجرد ولادته حياً ويكون صالحاً لاكتساب الحقوق عن طريق وليه أو وصيه نيابة عنه (نيابة شرعية وقانونية وعليه بعض الالتزامات كالالتزام بنفقة من تجب عليه نفقته إذا كان متمكناً مالياً وعليه الزكاة إذا توافرت شروطها عند من يرى أن الزكاة عبادة مالية تغلب فيها الميزة على العبادة.

وأما من قال بأن جانب العبادة هو الغالب على الجانب المالي، فلا يرى وجوب الزكاة في ماله لأنه ليس أهلاً للعبادة.

وجدير بالذكر أن أهلية الوجوب الكاملة لا تتأثر بأي عارض من عوارض الأهلية كالمجنون، فلو جن بعد الولادة لا يفقد أي حق من حقوقه.

ثالثاً: أهلية الأداء الناقصة:

وهي صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه دون البعض وتثبت له هذه الأهلية بإكمال السابعة من عمره وتستمر إلى دخوله في سن البلوغ والرشد.

وخلال هذه المدة تكون تصرفاته النافعة نفعاً محضاً صحيحة مطلقاً (أجازها الولي أم لا) كقبول تبرعات مثل الهبات والهدايا والمكافات ونحوها.

وتكون تصرفاته الضارة ضرراً محضاً باطلة مطلقاً (أجازها الولي أم لا) كأن يقوم بدفع مال لغيره بدون مقابل.

^(١) ذهب بعض الفقهاء إلى جواز نصب الوصي للمجنين قبل ولادته للحفاظ على الحقوق التي تثبت له قبل الولادة وبه أخذ قانون الولاية علي المال المصري الصادر ١٩٥٢ نقلاً عن الشيخ عيسى أحمد عيسى المدخل للفقعة الإسلامية ص ٤٨٢.

أما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر أو (الريح والخسارة) كالبيع والشراء والإيجار ونحوها من المعاوضات تكون منقعدة غير نافذة وموقوفة علي إجازة وليه فإذا وافق صحت بالأثر الرجعي وإن لم يوافق تعتبر كأن لم تكن أصلا فلا تترتب عليها الآثار الشرعية والقانونية.

وجدير بالذكر ان الأهلية الناقصة في القضايا الجنائية تكون بعد اكمال التاسعة من عمره.

رابعا: أهلية الأداء الكاملة:

وهي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه وتحمل المسؤولية المدنية والجنائية بدون ولي أو وصي ولصدور التبرعات والمعاوضات منه علي وجه يعتد به شرعا وقانونا دون توقفها علي رأي غيره.

و ترتفع الولاية عن القاصر بعد ثبوت رشده أي حسن تصرفه في ماله وقدرته علي استعماله وإستغلاله إستغلالا حسنا لقوله تعالى ﴿...فَإِنْ أَسْتُمْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ^(١) ... ﴾

و يخضع تقدير بلوغه سن الرشد لسلطة القاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة.

المطلب الثاني

عوارض الأهلية

تنقسم عوارض الأهلية من حيث تدخل الإرادة في حدوثها وعدم تدخلها إلى الأهلية إرادية وتسمى سماوية، والإرادية وتسمى المكتسبة. وفي كلتا الحالتين لا تؤثر علي أهلية الوجوب كما ذكرنا.

و من هذه العوارض:

أولاً: العوارض اللاإرادية المؤثرة على اهلية الأداء بنوعيتها (الكاملة والناقصة)

١- المجنون: وهو آفة تصيب الإنسان فتحدث خلا في قوته الميزة بين النافع والضار والحسن والقيبح والمدركة لعواقب الأمور في الحال والمستقبل. وأثر هذا العارض أنه يزيل أهلية الأداء بنوعيتها بحيث يصبح حكم هذا المصاب بهذه الآفة كحكم الصبي غير المميز فجميع تصرفاته تكون باطلة فلا ترتب عليها الحقوق والالتزامات المدنية كما يرفع الالتزامات الجزائية وبالتالي يكون مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية.

٢- الجنون اما مطبق (مستمر) او غير مطبق (غير مستمر) أي يصيب الإنسان في بعض الأوقات دون بعض وما يصدر عنه من التصرفات المالية أو من الجرائم في أوقات الافاقة يعتد بها الشرع والقانون ويرتب عليها الآثار. وأما ما يصدر عنه أثناء الجنون فيعتبر كالمعذور فلا يترتب عليها إلتزامات جنائية، أما إلتلافاته الضارة فإنها موجبة للتعويض.

٣- الإغماء: وهو مرض يحدث في الدماغ ويعطل القوي المحركة والمدركة لكن لا يزيل العقل من أصله وإنما يجعله مشلولاً في حالة الإغماء. وحكمه حكم المجنون والصبي غير المميز في الإلتزامات المدنية والجنائية لفقدان الإدراك والقصد.

٣- النوم: وهو فتور طبيعي يعرض للإنسان في أوقات منتظمة ولا يزيل العقل من أصله ولكن يجعله مشلولاً.

وحكمه حكم العارضين السابقين من حيث الآثار الشرعية والقانونية.

٤- العته: وهو آفة لا إرادية تورث خللاً في العقل فيصبح صاحبه مختلط الكلام فبعضه يشبه كلام العقلاء وبعضه مثل كلام المجانين وبهذا الاعتبار يكون نوعين:

أحدهما لا يبقى معه إدراك وتمييز فيكون حكمه حكم المجنون فيما ذكرنا.
والثاني لا يفقد تمييزه كلياً ولكن يفقد إدراك الراشدين العاديين.
والمصاب بهذا النوع حكمه حكم الصبي المميز.

ثانياً: العوارض التي تؤثر علي أهلية الأداء الكاملة فقط دون الناقصة:

ومنها:

١- السفه: وهو خفة يصاب بها الإنسان فتدفعه الي العمل بما يخالف مقتضي العقل السليم والشرع والقانون مع قيام العقل حقيقة. فيحجر عليه من قبل القاضي ويكون حكمه كحكم تصرفات الصبي المميز.

٢- الغفلة: وهي ضعف في الإدراك بحيث لا يهتدي المصاب به الى التصرفات الراجعة وحكمها كحكم السفه فيما ذكرنا.

ثالثاً: العوارض التي لا تؤثر علي الأهلية مطلقاً لكن تحدد من تصرفات الإنسان:

وهي:

١- مرض الموت: وهو ان يكون الغالب فيه الهلاك عادة حسب التقرير الطبي كمرض السرطان مثلاً حيث لم يصل العلم والطب لحد الآن الي كشف طرق علاجه فهذا المرض يسبب في تقييد تصرفاته ولكن لا يؤثر علي عقله فكل

تصرف يحتاج اليه المريض أولاً يمس حقوق الدائنين أو الورثة صحيح نافذ لا يتوقف علي إجازة أحد، وما عدا ذلك من التصرفات يكون موقوفاً علي إجازة صاحب الحق من الدائنين أو الورثة، وهذا العارض لا تأثير له على أهلية الأداء بنوعيتها، لأنه لا يؤثر على عقل الإنسان وتمييزه.

٢- دين يستغرق أموال المدين أو يزيد عليها.

وتصرفاته بعد الحجر عليه تكون موقوفة على إجازة من يتضرر من هذا التصرف من الدائن أو الوارث أو نحوهما، ويباع مال المدين المحجور عليه جبراً عدا مستلزمات حياته الضرورية للوفاء بديونه إذا لم يقم به بإختياره.

ويستنتج من إستعراض العوارض المذكورة ما يأتي:

أ- الصغير غير المميز والمجنون والمعتوه القريب من المجنون محجورون لذواتهم وتصرفاتهم باطلة أذن الولي أم لا.

ب- والسفيه وذو الغفلة والمدين الذي يستغرق دينه أمواله، محجورون لغيرهم (حكم القاضي).

ج- للولي بترخيص من المحكمة ان يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله وإن لم يأذن له في التجارة ويكون الأذن مطلقاً ومقيداً.

د- للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند إمتناع الولي عن الأذن وليس للولي أن يحجز عليه بعد ذلك.

هـ - للمحكمة بعد إذن الولي أن تعيد الحجر على الصغير^(١).

(١) ينظر المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٦ المواد (٩٤-١٠١).



الفصل السابع

شؤون الأسرة (الاحوال الشخصية)

الأسرة نواة المجتمع، إن صلحت صلح المجتمع وسادت الفضيلة وإن فسدت فسد المجتمع وعمت الرذيلة لذا إهتم بها القرآن الكريم فبين بشيء من التفصيل شؤونها وأحكامها فنظم حقوق وواجبات كل فرد من أفراد الأسرة بدءاً بالولادة وإنتهاء بوفاته من زواج وطلاق ورضاع وحضانة ونفقة وترك التفصيلات لاجتهادات فقهية لتنظيم الاسرة حسب متطلبات الحياة وتطورها على أن لا يخرج هذا التنظيم عن إطار الشرع ودائرة الأخلاق. ونتناول دراسة الزواج والطلاق بإيجاز في مبحثين.

المبحث الأول

الزواج وما يتعلق به

الزواج: ميثاق بين رجل وامرأة بموجبه يهل كل منهما للآخر على أسس الحب المتبادل والاحترام المتقابل والسكينة والمودة والرحمة والمسؤولية المشتركة^(١).

أركان الزواج:

وهي عبارة عن الإيجاب الصادر من أحد الزوجين والقبول الصادر من الآخر أو ممن ينوب عنهما بصيغة تدل على إبرام الزواج لغة أو عرفاً^(٢) أو شرعاً.

شروط الانعقاد:

- ١- أهلية الأداء..
- ٢- أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد حقيقة^(٣) أو حكماً^(٤).
- ٣- مطابقة الإيجاب والقبول.
- ٤- سماع وفهم كل من الموجب والقابل لما يصدر عن الآخر.
- ٥- عدم ثبوت مانع من موانع الزواج ثبوتاً قطعياً^(٥).

(١) إخترت تعبير (ميثاق) في هذا التعريف لوروده في القرآن الكريم في قوله تعالى (وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنِ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا) سورة النساء ٢١/ ثم ان تعبير (عقد) غالباً يستعمل للقضايا المالية والمرأة الآن من أن تشتمل بالمال.

(٢) وحصر الأركان في الإيجاب والقبول هو رأي الخنفية وهم على الصواب.

(٣) إذا كان إبرام الزواج بين الحاضرين في مجلس واحد.

(٤) إذا كان الزواج بين غائبين ففي هذه الحالة يجب حضور شاهدين على كل من الإيجاب والقبول لانهما في مجلسين حقيقة والانعقاد يكون في مجلس القبول.

(٥) أي في الأمور الجوهرية المتعلقة بالزواج.

شروط الصحة:

شروط صحة كل تصرف شرعي زواجا كان أم غيره هو أن تتوقف عليها هذه الصحة بحيث إذا تخلف شرط واحد منها يكون التصرف فاسداً^(١).

أهم شروط صحة الزواج:

- ١- حضور شاهدين متمتعين بأهلية كاملة يسمعان كلام كل من العاقدين ويستوعبان بأن المقصود منه إبرام عقد الزواج. فالزواج بدونهما فاسد.
- ٢- عدم توقيت الزواج فكل زواج مؤقت كزواج المتعة وزواج التحليل^(٢) يكون فاسداً.
- ٣- عدم تعليقه على شرط فاسد مفسد كزواج الشغار^(٣).
- ٤- عدم كون الزوج أو الزوجة أو الولي في إحرام الحج^(٤).
- ٥- كون صيغة الزواج منجزة غير مضافة إلى المستقبل.

شروط النفاذ:

شرط النفاذ مايتوقف عليه نفاذ الزواج بأن تترتب عليه آثاره الشرعية من الحقوق والالتزامات، فإذا تخلف شرط من شروطه يكون الزواج موقوفاً على إجازة من له حق الإجازة.

ومن أهم الشروط:

- ١- كون العاقد كامل الأهلية أي بالغاً سن الرشد، فزواج ناقص الأهلية موقوف على إجازة وليه.

(١) وإذا تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط إنعقاده يكون الزواج باطلاً. وإذا تخلف شرط الصحة يكون فاسداً

(٢) وهو تزويج المطلقة ثلاثاً من شخص على أن يدخل بها ليصح رجوعها بعقد جديد إلى الزوج الأول. وهذه الطريقة فاسدة لا تتفق مع حكمة قوله تعالى (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ)

(٣) وهو أن يزوج رجل أخته أو ابنته من آخر على أن يزوج هو أخته أو بنته منه.

(٤) لقول الرسول ﷺ (لا ينكح المحرم ولا ينكح).

٢- زواج الولي موليته البالغة العاقلة الرشيدة بدون إذنهما، فإذا لم تجز هذا الزواج يعتبر كأن لم يكن.

شروط اللزوم:

وهي شروط إذا توفرت لا يحق لأي من العاقلين فسخه بدون مبرر.
ومن أهم هذه الشروط:

- ١- عدم وجود عيب في أحد الزوجين من العيوب التي تبرر التفريق القضائي.
- ٢- عدم كون أحد الزوجين عديم الأهلية بالصفر أو الجنون فزواج الصغير أو الصغيرة أو المجنون أو المجنونة باذن الولي والقاضي مع قيام مصلحة شرعية ينعقد صحيحا وتترتب عليه آثاره الشرعية لكن حين البلوغ أو الإفاقة من الجنون يحق لمن كان عديم الأهلية وقت الزواج أن يفسخ زواجه.
- ٣- إذا كان الزواج بدون إذن الولي وكان الزوج غير كفء يحق للولي بعد علمه أن يطلب من القاضي فسخ الزواج.

مهرمات الزواج:

المحرمات من النساء قسمان: محرمات حرمة مؤبدة ومحرمات حرمة مؤقتة.

القسم الاول: محرمات حرمة مؤبدة:

وهي ثلاثة أنواع:

- ١- محرمات بسبب النسب: - فيحرم على الرجل فروعه من النساء وفروع فروعه كالبنات وبنات البنات وبنات الإبن وإن نزلن.
وأصوله من النساء وأصول أصوله وإن علون كالأم والجدة.
وفروع أبويه وفروع فروعهما كالأخت وبناتها وبنات الأخ وإن نزلن.
وفروع أجداده وجداته (الأعمام والعمت والاخوال والحالات) ..

٢- محرمات بسبب المصاهرة: فيحرم على الرجل فروع زوجته وأصولها من النساء ويحرم عليه زوجات أصوله (زوجات الأب والجدة وإن علا) وزوجات فروعهم (زوجات الإبن وابن الإبن وإن نزل).

٣- محرمات بسبب الرضاعة: قال الرسول (ﷺ) (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب). لكن هذا ليس على إطلاقه وإنما يسري التحريم على الرضيع وحده ذكرًا كان أم أنثى فيصبح أحد أولاد أسرة المرضعة شأنه شأن الولد من النسب في التحريم ولايسرى على إخوة الرضيع وأخواته فيجوز الزواج بينهم وبين أولاد المرضعة.

القسم الثاني: محرمات حرمة مؤقتة:

وهي خمسة أنواع:

١- زوجة الغير ومعتدته.

٢- المطلقة طلاقاً بائناً بينونة كبرى فلا تحل للزوج المطلق حتى تنكح زوجاً غيره زواجا إعتيادياً لازواجا تحليل لانه باطل لوجود شرط التطليق ولو كان ضمناً بعد الدخول ولكونه زواجا مؤقتاً ولأن الزوجة لاترضى بهذا الزوج المحلل أن يكون زوجاً لها مدى الحياة. وبالإضافة الى ذلك يجب تحقق الدخول من الزوج الجديد ثم الطلاق ثم إنتهاء العدة من هذا الزواج^(١).

٣- الجمع بين المحارم كالجمع بين الأختين والجمع بين الزوجة وعمتها أو خالتها، فلا يحل هذا الزواج إلا بعد الفرقه من الزوجة الاولى وإنتهاء عدتها.

٤- زواج خامسة وفي عصمته أربع نساء فإذا طلق إحداهن يجوز له الزواج من زوجة أخرى.

(١) قال تعالى (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَ) أي طلقها للمرة الثالثة لأنه قال في الآية السابقة (الطَّلَاقُ مَرَّتَيْنِ فَإِمَّا سَلَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِعَ بِإِحْسَانٍ) وقوله تعالى (أَوْ تَسْرِعَ بِإِحْسَانٍ) هو الطلاق للمرة الثالثة.

المهر:

ومن متعلقات الزواج المهر، وهو هدية رمزية من الزوج الى الزوجة كنقطة البداية للتعارف وبداية الحياة المشتركة، فهو ليس ركنا ولا شرطا في الزواج لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً...﴾^(١). وإذا طلقها الزوج قبل الدخول يتشطر الى نصفين يرجع الى الزوج نصفه لكن يشبث لها كل المهر بالوفاة أو الدخول.

مهر المثل:

يجب مهر المثل (مثل الزوجة) إذا لم يسم المهر في الزواج أو كان المهر المسمى غير متقوم كالمخدرات أو كان مجهولا أو كان مقتصوبا مثلاً.

آثار الزواج:

من آثاره النفقة فيجب على الزوج نفقة زوجته بمجرد إنعقاد الزواج ولو كانت غنية. ومن آثاره أيضا الميراث فيرث كل منهما من الآخر بمجرد عقد الزواج وإن لم يحصل الدخول.

^(١) سورة البقرة / ٢٣٦ والمراد بالفريضة المهر المقدر ومن الواضح أن الطلاق لا يكون إلا بعد الزواج الصحيح فهذه الآية تشير إلى أن المهر ليس ركنا ولا شرطا لصحة الزواج.

المبحث الثاني

الطلاق وما يتعلق به

الطلاق:

هو رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة إن وكلت به أو فوّضت أو من القاضي بالتفريق القضائي بعد طلب أحد الزوجين وثبوت سبب من أسباب التفريق. للزوجة طلب التفريق إذا ثبت أنها متضررة في حياتها الزوجية ضرراً مادياً أو معنوياً بحيث يتعسر تحمله عادة.

لا يقع طلاق السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض. ولا يقع الطلاق غير المنجز (المعلق على الشرط أو المضاف إلى المستقبل) كما لا يقع بصيغة اليمين.

أنواع الطلاق:

الطلاق قسماً:

- ١- الطلاق الرجعي: وهو كل طلاق بعد الدخول بشرط أن يكون للمرة الأولى أو الثانية وأن لا يكون بعوض ولا بتفريق قضائي. حكمه: -جواز إستئناف الحياة الزوجية قبل إنتهاء العدة بدون عقد جديد.
- ٢- الطلاق البائن: هو كل طلاق قبل الدخول أو للمرة الثالثة أو بعوض أو بالتفريق القضائي.

حكمه: إن كان باتناً بينونة صغرى يجوز الاستئناف للحياة الزوجية بعقد جديد لقوله تعالى: ﴿...وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا...﴾^(١).

وإن كان بائنا بينونة كبرى بأن طلقها للمرة الثالثة فلا تقل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ويدخل بها وتحصل الفرقة بينهما بالطلاق أو بالوفاة.

آثار الطلاق:

- ١- حق الزوجة في التزوج بآخر بعد إنتهاء عدتها.
- ٢- وجوب دفع المهر لها إذا كان مؤجلا كله أو بعضه.
- ٣- لها نفقة العدة.
- ٤- لها طلب الأجرة على إرضاع طفلها وعلى حضانتها.

شقوقات العدة^(١):

- ١- تنقضي عدة الزوجة المطلقة بالآتي:
 - ١- بوضع الحمل إن كانت حاملا ولم تكن الفرقة بالوفاة.
 - ٢- وبثلاثة قروء إن كانت من ذوات الحيض.
 - ٣- وبثلاثة أشهر إن لم تبلغ سن الحيض أو كبيرة داخلة سن اليأس من الحيض، أو لم تكن من ذوات القراء أصلا (خلقة).
- ب- عدة المتوفى عنها زوجها تنقضي بالآتي:-
 - ١- بمرور أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الوفاة إن لم تكن حاملا.
 - ٢- بأبعد الأجلين من المدة المذكورة ووضع الحمل إن كانت حاملا.

الرضاعة:

يجب على أم الولد إرضاع طفلها ما لم يكن لها عذر مشروع لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ...﴾^(٢).

^(١) قال سبحانه وتعالى (وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَضِعْنَ بَأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ) سورة البقرة/٢٢٨. وقال تعالى (وَاللَّائِي يَتَسَوَّيْنَ مِنَ الْمُحْضِرِ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُرْنَ وَأُولَئِكَ الْأَحْصَالُ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) سورة الطلاق/٤. وقال في عدة الوفاة (وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَضِعْنَ بَأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا) سورة البقرة/٢٢٤.

^(٢) سورة البقرة/٢٣٣.

الحضانة:

هي حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يحقق مصلحته والأم أحق بحضانة الولد وتربيته مالم يتضرر المحضون من ذلك ويشترط في الحاضنة أن تكون بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون. وتجب أجرة الحضانة على من تجب عليه نفقة المحضون.

الوصية:

هي تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض. ويشترط في الموصى أن يكون أهلاً للتبرع ومالكا للموصى به. ويشترط في الموصى له أن يكون موجوداً إذا كان معيناً بالذات وأن لا يكون قاتلاً للموصى ولا جهة معصية. ويشترط في الموصى به أن يكون مالا متقوما قابلاً للتعامل.

الميراث:

هو ما يستحقه الوارث من نصيب في تركة مورثه بعد اخراج الحقوق المتعلقة بها.

التركة:

ما يتركه المتوفى من أموال وحقوق مالية والحقوق المتعلقة بالتركة تكون متسلسلة كالآتي:

- ١- نفقات نقل المتوفى الى مثواه الاخير.
 - ٢- الديون ان وجدت.
 - ٣- تنفيذ الوصية إن وجدت.
 - ٤- الباقي للورثة بالقرابة والزوجية الصحيحة.
- أسباب الميراث اثنان: - القرابة والزوجية الصحيحة.
- أركان الميراث ثلاثة:

- ١- المورث (المتوفى) .
- ٢- الموروث (التركة).

٣- الوارث وهو من يتوفر فيه سبب الميراث.

شروط الميراث أربعة:

١- وفاة المورث.

٢- حياة الوارث بعد وفاة المورث

٣- وجود السبب (القربة أو الزوجية)

٤- انتفاء مانع من موانع الميراث.

موانع الميراث المتفق عليها: .

١- القتل: لا يرث القاتل من تركته مقتولته لقول الرسول (ﷺ) (لا يرث القاتل).

٢- اختلاف الدين: فالمسلم لا يرث من غير المسلم وغير المسلم لا يرث من المسلم لقول الرسول (ﷺ) (لا يتوارث أهل الملتين) .



الفصل الثامن

الجرائم والعقوبات

الجرمة: هي اما فعل محرم او ترك واجب بدون عذر شرعي فالاول يشكل جريمة ايجابية والثاني جريمة سلبية ركنها المادي هو الامتناع عن اداء الواجب بدون مبرر. فالقتل والسرقة والغصب وخيانة الامانة والزنا والتعاون على الاثم والعدوان... من الجرائم الايجابية. وترك الصلاة والصيام والزكاة وترك التعاون على البر والتقوى وترك انقاذ الغريق او شبه ذلك من الجرائم السلبية.

والعقوبات: قتل، وقطع، وجلد، وسجن، او حبس ونفي او كفارة.

وقد قسم فقهاء الشريعة الجريمة باعتبار خطورتها وتحديد عقوبتها او عدم التحديد الى ثلاثة اقسام رئيسة وتوزع دراستها على ثلاثة مباحث.

المبحث الاول

جرائم الحدود

وهي جرائم الاعتداء على المصالح الضرورية لحياة الإنسان من الدين والحياة والمال والعرض والعقل. ولخطورة هذه الجرائم ثبت تجريمها بالنص، وحددت عقوباتها بالنص، ولذلك سميت بجرائم الحدود. كجريمة السرقة والزنا والقذف والردة وتعاطي المسكرات والبغي

جريمة السرقة:

وهي: اخذ العاقل البالغ المختار نصاباً خفية عن من هو متصد للحفاظ ما لا يتسارع اليه الفساد من المال المنقول للغير من حرز مثله بلاشبهة^(١).

وبناء على هذا التعريف يجب ان يتوفر في السرقة العناصر الاتية:

- ١- ان يكون السارق بالغاً عاقلاً فلا قطع على القاصر.
- ٢- ان يكون المسروق نصاباً وقدر حده الأدنى بما يعادل عشرة دراهم فضية اربع دينار ذهبي او ما يعادل ذلك في كل عصر فلا قطع فيما يكون اقل من ذلك.
- ٣- ان يكون المال لا يتسارع اليه الفساد فلا قطع على سرقة الفواكه ومشتقات اللبن ونحو ذلك.

٤- ان يكون المال متقوماً فلا قطع على سرقة الخمر ونحوها.

٥- ان يكون في حرز المثل اي ما يحفظ فيه مثل هذا المال المسروق عادة فلا قطع اذا كانت السرقة لمال ليس في حرز مثله.

٦- ان يكون المال للغير فلا قطع اذا سرق ما ظن أنه مال غيره ثم تبين انه ماله.

٧- ان لا يكون السارق مضطراً الى ارتكاب السرقة.

^(١) شرح فتح القدير ٥/٣٥٤ وحدد النصاب، بعشرة دراهم او مقدارها والدراهم عملة قديمة مصنوعة من الفضة.

٨- ان يتوفر لديه القصد الجنائي.

٩- ان لا توجد شبهة الحلال فلا قطع عند أكثر الفقهاء في السرقات بين الاصول والفروع وبين الزوجين، وبين الشركاء...

فاذا توفرت هذه الشروط وثبتت بالبينة (الشهادة) او الاقرار تطبق على السارق العقوبة المحددة في قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللَّهِ...﴾^(١).

جريمة الزنا:

قال سبحانه و تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾^(٢).

اركان جريمة الزنا:

١. الفعل المادي (الوطء): وهو ايلاج الإنسان ذكره في فرج امرأة محرمة من غير عقد ولاشبهة.

٢. الزاني والزانية: ويشترط فيهما:

أ- البلوغ والعقل.

ب- الاختيار

ج- عدم توفر الشبهة باية طريقة كانت.

٣. القصد الجنائي: ويعتبر القصد الجنائي متوفرا اذا ارتكب الرجل الفعل وهو عالم

انه يظأ امرأة محرمة عليه او اذا مكنت المرأة نفسها وهي تعلم بان الذي يظأوها حرم عليها. فاذا أتى احدهما الفعل وهو لا يعلم بالتحريم فلا حد عليه.

^(١) سورة المائدة / ٣٨.

^(٢) سورة الاسراء / ٣٢.

أدلة اثبات جريمة الزنا:

حفاظاً على سمعة العائلة وستراً على مرتكب الخطيئة شددت الشريعة في اثبات جرعة الزنا وهي لا تثبت الا بأربعة شهود، أو باقرار الجاني اربع مرات، وهو بالغ عاقل مختار امام القضاء..

عقوبة جريمة الزنا:

- أ- على الزاني غير المتزوج وغير المتزوجة مائة جلدة.
- ب- وعقوبة المتزوج والمتزوجة هي الاعدام بالرجم عند بعض الفقهاء وعند البعض الآخر الرجم منسوخ بالجلد، لأن الأول ثبت بالسنة النبوية، والثاني بالقرآن وهذا ما نرجعه.

جريمة القذف:

قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ، إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا وَأَصْلَحُوا وَبَيَّنُّوا فَإُولَئِكَ أَتُوبُ عَلَيْهِمْ وَأَنَا التَّوَّابُ الرَّحِيمُ^(١)﴾.

والقذف في الاصطلاح الشرعي نسبة الزنا الى الغير بدون ان يستطيع اثباته بأربعة شهداء او باقرار المقتوف.

اركان جريمة القذف:

- ١- الفعل المادي وهو الرمي (اي نسبة الزنا الى الغير)
- ٢- القاذف البالغ العاقل المختار.
- ٣- المقتوف المحصن (العفيف عن الزنا) على ان يكون على قيد الحياة وان يكون معلوما.
- ٤- القصد الجنائي.

والعقوبات الواردة في الآية الكريمة المذكورة ثلاث وهي:

١- ثمانون جلدة.

٢- عدم قبول شهادته.

٣- اعتباره فاسقا.

جريمة الردة:

قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَٰئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَٰئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ^(١)﴾.

المرتد: هو المسلم الذي غير دينه. فالردة مقصورة على المسلمين ولا يعتبر مرتدا من غير دينه من غير المسلمين.

واعتبر فقهاء الإسلام المرتد مهدر الدم لسببين: احدهما انه كان معصوما بالإسلام فلما ارتد زالت عصمته فاصبح مهذرا. وثانيهما ان عقوبة المرتد في الشريعة القتل حدا لا تعزيرا لقول الرسول (ﷺ) (لا يحل قتل امرئ الا باحدى ثلاث: كفر بعد الايمان ، وزنا بعد احصان، وقتل نفس بغير نفس) ولقوله (من بدل دينه فاقتلوه) اي من بدل دينه وعمل ضد الا سلام ولا يقتل إلا بعد الاستتابة وطلب الرجوع الى الإسلام مدة ثلاثة ايام ولكن لم يرد في القرآن عقوبة دنيوية.

جريمة تعاطي المسكرات: قال سبحانه وتعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَّفْعِهِمَا وَسَأَلُوكَ مَاذَا يَنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ، إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقَعَ بَيْنَكُمْ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ^(٢)﴾.

ويدل هذا النص على التحريم القطعي لتعاطي المسكرات بكافة انواعها من الالوجه الاتية:

(١) سورة البقرة / ٢١٧

(٢) سورة المائدة ٩٠ / ٩١

- ١- وضع المسكر في مصاف الميسر والقمار والانصاب (الاصنام) والازلام (السهام) التي كان أهل الجاهلية يستقسمون بها) .
- ٢- اعتباره رجسا والرجس لا يقبل التطهير بخلاف النجس.
- ٣- اعتباره من اعمال الشيطان.
- ٤- الامر بالاجتناب عنه امر وجوب والزام.
- ٥- كونه مصدر شر وعداوة وبغضاء لما يتفوه به السكران من القول المنكر.
- ٦- كونه سببا لصد الإنسان عن ذكر الله وعن الشعور بالمسؤولية.
- ٧- الامر بالانتهاء والكف عنه على وجه الحتم والالزام^(١)

عقوبة السكران:

إذا كان السكران بالغا عاقلا مختارا عالما بتحريم المسكر وثبتت الجريمة امام القضاء بالشهادة او الاقرار او بالوسائل الاخرى يعاقب باربعين جلدة حدا وللإمام (رئيس الدولة) ان يزيد عليها اربعين اخرى تعزيرا^(٢)

^(١)يراجع مؤلفنا المسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية ص ٣١ وما بعدها

^(٢)المهذب لابن اسحاق ابراهيم بن علي الشاذلي ٢٨٦/٢ وما بعدها.

المبحث الثاني

جرائم القصاص والدية

قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا^(١)﴾

جرائم القصاص والدية هي جرائم الاعتداء على نفس وما دون النفس وهي تشمل جرائم القتل والجرح والضرب. ويجب القصاص في حالة العمد العدوان ، وتجب الدية في حالة العفو عن القصاص او امتناعه لما منع من الموانع الشرعية ، وفي حالات القتل شبه العمد والقتل خطأ ، وفي اتلاف عضو من اعضاء الإنسان أو جرحه خطأ.

أركان القتل:

القتل ازهاق روح انسان بفعل شخص وبذلك تكون أركانه ثلاثة:

- ١- وجود انسان على قيد الحياة ازهقت روحه.
- ٢- وقوع فعل يحدث من الجاني.
- ٣- وجود رابطة سببية بين الفعل المسند الى الجاني وبين الموت الذي حدث على اثره.

انواع القتل:

قسّم جمهور الفقهاء القتل الى ثلاثة انواع:

النوع الاول: القتل العمد:

يكون القتل عمدا اذا توفرت فيه العناصر الاتية:

- أ- ان يصدر عن القاتل فعل يؤدي الى وفاة المجني عليه.
- ب- ان يتعمد الجاني النتيجة (اي يقصد تحقيقها) وهي الموت.

- ج- ان تكون الوسيلة المستخدمة في تنفيذ الجريمة مميتة غالباً.
- د- ان يكون بين الفعل والموت رابطة سببية فاذا توفرت هذه العناصر وثبتت الجريمة امام القضاء يحكم عليه بالقصاص وقبل تنفيذه يؤخذ رأي الورثة وولي الدم لان الله خير ولي المجني عليه بين ثلاثة خيارات في قوله ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا^(١)﴾ والسلطان هو ان له ان يطلب تنفيذ القصاص ، او يعفو عن القصاص ويعدل الى التعويض (الدية) او يتنازل عن الحقين.
- وذلك لان حكمة تشريع القصاص شفاء صدور الاولياء وورثة المجني عليه والزجر وحماية حياة الابرياء كما قال سبحانه تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ^(٢)﴾ وهذه الحكمة تتحقق في حالة اخذ رأي الورثة في تنفيذ العقاب.

النوع الثاني: القتل شبه العمد (او الطرب المفضي الى الموت):

- يكون القتل شبه عمد اذا توفرت العناصر الاتية:-
١. ان يأتي الجاني فعلاً يؤدي لوفاة المجني عليه ضرباً كان او جرحاً او أي ايذاء اخر.
 ٢. ان يعتمد الجاني الفعل المادي المؤدي الى الوفاة.
 ٣. ان لا يقصد تحقيق النتيجة الحاصلة (القتل). وهذا العنصر هو معيار الفرق بين القتل العمد والقتل شبه العمد ويستنبط القاضي ذلك من ظروف القضية ومن شهادة الشهود ومن الوسيلة المستعملة في الجريمة.
 ٤. قيام رابطة سببية بين فعل الجاني وبين موت المجني عليه واذا توفرت هذه العناصر تهب عليه عقوبتان:
- أ- الدية: وهي التعويض ويدفع من ماله لامن مال العاقلة لتوفر القصد الجنائي لديه.
- ب- الكفارة: وهي تحرير انسان مستعبد، فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فان لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً.

(١) الاسراء ٣٣

(٢) البقرة ١٧٩

النوع الثالث: القتل الخطأ:

ويكون القتل خطأ إذا توفرت العناصر الآتية:

- ١- أن يصدر عن الجاني فعل يؤدي الى وفاة المجني عليه.
- ٢- ان يخطأ الجاني في الفعل أو في القصد.
- أ- الخطأ في الفعل كأن يقصد فعلاً مشروعاً ويؤدي الى نتيجة غير مشروعة
كمن قصد تنظيف سلاحه وخرجت منه الطلقة فوقعت على صدر المجني عليه وكان الجاني يجهل وجود هذه الطلقة.
- ب- الخطأ في القصد بان قصد معتدياً فاصاب بريئاً لم يره على حقيقته ولم يشخصه.

٣- ان يكون بين الفعل والموت رابطة سببية فاذا توفرت هذه العناصر تجب على الجاني الكفارة وعلى عاقلته (عشيرته) اونقابته او مؤسسته الدية (التعويض) والسر في وجوب الدية على العاقلة هو ان الإسلام لا يرى من العدالة الحاق المشقة المالية بالقاتل الذي يرتكب جرمته نتيجة خطأ غير مقصود ويتحمل مثل هذا الإنسان البائس المسؤولية الكاملة من تلك الجريمة غير المقصودة ولانه معذب نفسياً ولا يضاف اليه عذاب مادي اخر^(١).

^(١) ينظر المفني لابن قدامة (عبدالله بن احمد المقدسي) ٦٣٥/٧ وما بعدها شرح الحرشي للإمام محمد الحرشي المالكي على مختصر الخليل للإمام ابي ضياء سيدي خليل ٣/٨ وما بعدها "المهذب لابن اسحاق الشيرازي الشافعي ١٧٣/٢ وما بعدها.

الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد زين الدين الجبعي العاملي ٣٩٦/٢ وما بعدها.
المعلّى لابن حزم الظاهري (ابي محمد بن احمد) ٣٤٢/١٠ وما بعدها.

المبحث الثالث

جرائم التعازير

جريمة التعزير:

هي جريمة لم تحدد عقوبتها بنص من القرآن أو السنة بل ترك امر تقدير وتحديد هذه العقوبة لسلطة ولي الامر (رئيس الدولة) بتعاون مع اهل الشورى وذلك في ضوء متطلبات المصالح العامة وحجم الجريمة وخطورة المجرم.

وبناء على ذلك نستطيع ان نقول ان اكثر الجرائم في قانون العقوبات العراقي وغيره تدخل ضمن هذا القسم الثالث من الجرائم.

وتتنوع من حيث الاساس جرائم التعزير الى ثلاثة انواع:

- (١) النوع الاول: كل جريمة من جرائم الحدود والقصاص اذا تخلف شرط من شروط تنفيذ العقوبة المحددة لها او حصلت فيها الشبهة تتحول تلقائيا الى جريمة تعزيرية تحدد عقوبتها من السلطة التشريعية الزمنية.
- وعلى سبيل المثال: جريمة الزنا تثبت باربعة شهود فان ثبتت بثلاثة او اثنين تتحول الى جريمة تعزيرية يعاقب الجاني بالحبس مثلاً وكذلك جريمة السرقة بين الاصول والفروع وبين الزوجين. وبين الشركاء. فيها شبهة ولذلك تتحول الى جريمة تعزيرية يعاقب السارق بالحبس مثلاً بدلاً من قطع اليد.
- (٢) النوع الثاني: كل جريمة ثبت تجريمها بالنص من القرآن أو السنة ولكن لم تحدد عقوبتها بالنص تعتبر جريمة تعزيرية ويكون تقدير العقوبة من السلطة التشريعية الزمنية.

ومن هذة الجرائم، جرمة التجسس المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا^(١)﴾. وجرمة شهادة الزور المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿...فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ^(٢)﴾ وجرمة غش المكاييل والموازين المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿وَيَلِّ لِّلْمُطَفِّفِينَ الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وُزَّنُوهُمْ يَخْسِرُونَ^(٣)﴾. وجرمة الغصب والنهب والسلب المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...^(٤)﴾ وجرمة الرشوة الثابتة بقول الرسول (ﷺ): (لعن الله الراشي والمرتشي والراشي^(٥)).

وغير ذلك من سائر الجرائم الاخرى التي ثبتت بنص من القرآن الكريم أو السنة النبوية وترك تقدير عقوباتها لولي الامر بتعاون اهل الشورى واهل الحل والعقد.

(٣) النوع الثالث: الجرائم المستحدثة وهي الجرائم التي لم يرد بشأنها نص لا لتجريمها ولا لعقابها بل يقوم ولي الامر بتعاون اهل الشورى باستحداث هذه الجرائم وهي عبارة عن الافعال التي تضر بالمصالح العامة من الناحية الاخلاقية او الاقتصادية او الصحية او غيرها ومن هذا القبيل جرائم التهريب. وجرائم مخالفات نظام المرور وهذا النوع الثالث غير ثابت يختلف باختلاف تطور الحياة.

(١) سورة الحجرات / ١٢.

(٢) سورة الحجج / ٣٠.

(٣) سورة المطففين / ١، ٢، ٣.

(٤) سورة البقرة / ١٨٨.

(٥) سبل السلام / ٤ / ١٦٤.



الفصل التاسع

العلاقات التي تخضع للقانون العام

سبق ان بينا ان الفقه الإسلامي عالج هذه العلاقات ولكن حظها كان اقل من العلاقات الاخرى في المعاملات المالية والاحوال الشخصية والعبادات وذلك بسبب طبيعة نظام الحكم الذي تحولت من الجمهورية والشورية الى الوراثية والفردية. ومع ذلك هناك نصوص قرآنية اتت بمبادئ عامة واسس كلية بإمكان المجتهد ان يستنبط منها في كل عصر القواعد والأحكام التي تنظم هذه العلاقات وبصورة خاصة في العلاقات الدستورية والدولية بالاضافة الى أن هناك فقهاء من المسلمين قد ابدعوا في الأحكام التي تنظم العلاقات الدولية تحت عنوان (السير) مثل محمد بن الحسن الشيباني وهو من اكبر اصحاب ابي حنيفة الذي كان له دور كبير في نشر هذا المذهب واكثر فقهاء القرن الثاني الهجري انتاجاً واخر الكتب التي ألفها الشيباني هو كتاب (السير الكبير) وضمنه احكام العلاقات الدولية بين الدولة الإسلامية وبقية الدول في حالتها الحرب والسلم فتكلم عن اهل السلم واهل الحرب من المشركين وبين احكام الأسرى من الفريقين سواء كانوا رجالاً أم نساء صفاراً أم كباراً. واحكام الامان على اختلاف ضروبه والمستامين والرسل الذين كانوا يوفدون الى دار الإسلام من دار الحرب. والحصانات التي يتمتعون بها، وغنائم الحرب، واحكام الصلح والتحكيم، واحكام الاراضي التي يستولي عليها اهل الحرب في الحرب، واهل الإسلام في الحرب، ونقض المعاهدات، وجرائم الحرب. هذا الى مئات من المسائل المتعلقة باهل الحرب وصلاتهم بالمسلمين في حالتها الحرب والسلم.

وقد اعتمد الشيباني في ذلك كله على القرآن الكريم او الاحاديث التي قيلت في حروب الرسول على اثر حوادث معينة وقعت، وعلى الأحكام التي وقعت اثناء حروب المسلمين وفتوحاتهم كما استخدم القياس في احيان كثيرة.
ومن هنا يبدو شأن هذا الكتاب في ناحية القانون الدولي الإسلامي وقد اعجب به هارون الرشيد عندما اطلع عليه وعده من مفاخر ايامه.

وزاد الاهتمام به في ايام الدولة العثمانية فترجم الى اللغة التركية في ايام السلطان محمود خان واتخذ اساساً لاحكام المجاهدين العثمانيين في حروبهم مع الدول الاوربية. كما عني به الكثيرون فشرحوه، واهم شرح له هو شرح السرخسي والجمال المصري.
وقد كان الشيباني بتأليفه في امور تتعلق بالقانون الدولي اسبق من غروسيوس الهولندي (١٥٨٣-١٦٤٥م) الذي عاش في القرن السابع عشر وسمى ابا القانون الدولي لانه بحث احكاماً خاصة بهذا القانون.

وقد اهتم المعنيون بالقانون الدولي بابرار دور الشيباني. في وضع اسس وقواعد القانون الدولي قبل رجال القانون بمئات السنين. واسست في (غوتنجن) بالمانيا جمعية الشيباني للحقوق الدولية وضمت علماء القانون الدولي في بلاد العالم^(١).
ومن كبار ائمة الفقه الإسلامي الذين عاجلوا العلاقات الدولية في حالتي السلم والحرب ايضا الإمام الاوزاعي (٨٨-١٥٧هـ) وله مؤلف معروف باسم (كتاب سير الاوزاعي) تناول فيه احكام الحرب ومايتعلق بها^(٢).

ونوزع دراسة الأحكام الخاضعة للقانون العام على خمسة مباحث نتناول في الاول احكام العلاقات الدولية، وفي الثاني الأحكام الدستورية، وفي الثالث احكام المالية العامة. وفي الرابع الأحكام الإدارية. وغتم الموضوع بمبحث خامس لاحكام القضاء.

(١) راجع شرح كتاب السير لمحمد بن الحسن الشيباني املاء محمد بن احمد المرخسي. تحقيق الدكتور صلاح الدين المنجد ١٩٥٨، ج ١، ص ١١ وما بعدها.

(٢) محسن المساعي في مناقب الإمام ابي عمرو الاوزاعي تحقيق الامير شكيب ارسلان. الدكتور عبدالله الجبوري، مطبعة الارشاد، ج ١، ص ٧٧.

المبحث الاول

أسس العلاقات الدولية

بنى الإسلام العلاقات بين الشعوب والامم على الاسس الستة الاتية:

الاساس الأول: وحدة النسب بين بني البشر

فقد نص القرآن الكريم في آيات كثيرة على أن جميع أفراد الاسرة البشرية إخوة وأخوات من أب واحد وأم واحدة وشيمة الاخوة هي المساواة في التعامل والتعاون والتكاتف والتكافل للعيش الكريم على بساط كوكب الأرض لاستثمار خيرات هذا الكوكب مع عدم التمييز بالافضلية بالمنصب والوظيفة أو المركز السياسي أو الاجتماعي أو الاداري وإنما الافضلية لمن يكون أقرب الى الله وأنفع للناس فقال سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ...﴾^(١).

الاساس الثاني: وحدة المعدن

نص القرآن الكريم في آيات متعددة على ان المعدن الذي خلق ويخلق منه الإنسان هو التراب والتراب متواضع يمشي عليه كل كائن حي متحرك بالارادة فعلى من يخلق من التراب أن يكون متواضعا مثله.

ومن البدهي ان كل فرد من أفراد الإنسان يتكون من عنصرين عنصر حيمين الرجل وعنصر بيضة الانثى وهذان العنصران يتكونان من المواد الغذائية التي

(١) سورة الحجرات / ١٣.

تتكون من التراب فإذا كل إنسان مخلوق من معدن التراب كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنْتُمْ بَشَرٌ تَنْتَشِرُونَ﴾^(١).
وقد أكد الرسول (ﷺ) هذين الأساسين في حجة الوداع فقال (كلكم من آدم وآدم من تراب لا فضل لعربي على أعجمي ولا أبيض على أسود إلا بالتقوى).

الاساس الثالث: وحدة الصانع

فكل انسان صانعه وخالقه واحد وهو الله عزوجل فالإنسان ليس كسلعة سوقية بعضها من صنع اليابان مثلاً فتفضل على السلعة المصنوعة من الصين مثلاً فمادام الصانع واحداً يكون المصنوع على درجة واحدة من الجودة والرداءة قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾^(٢).

الاساس الرابع: وحدة المصالح المشتركة

فالرسالات الالهيه كلها اتت لتحقيق مصالح الإنسان وفي مقدمتها الرسالة المحمدية قال سبحانه وتعالى مخاطباً رسوله عمداً (ﷺ): ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ والرحمة هي المصلحة الايجابية (المنفعة المستجلبه) والسلبية (المفسدة المستدراة). سواء كانتا ماديتين أو معنويتين، دنيويتين أو أخرويتين وجميع ما في الارض من الكائنات الحية والجمادات خلق كل ذلك لأجل مصلحة الإنسان وجميع خيرات الارض مشتركة بين أفراد الإنسان كما قال سبحانه وتعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً...﴾^(٣) فلكل انسان أن يأخذ نصيبه من خيرات الارض والسماء حسب حاجته على أن لا يتجاوز على نصيب غيره.

^(١) سورة الروم / ٢١

^(٢) سورة البقرة / ٢٥

^(٣) سورة البقرة / ٢٩.

الأساس الخامس: وحدة المصير

فمصدر الكل مفارقة الحياة وملاقاة الموت بدون تمييز بين القوي والضعيف فقال سبحانه وتعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ وَإِنَّمَا تُوَفَّقُونَ أُجُورَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ...﴾^(١). وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا تَكُونُوا يُنْزَكُّكُمْ الْمَوْتُ وَلَوْ كُنْتُمْ فِي بُرُوجٍ مُّشِيدَةٍ...﴾^(٢).

الأساس السادس: وحدة المسؤولية

بالإضافة الى ما ذكرنا من مبررات عدم وجود الحصانة لأي انسان أيا كانت منزلته فان المنصب أو الوظيفة في الإسلام ليس حقا ولا مركزا يتميز به من غيره، انما هو تكليف وتحميل للمسؤولية، فالمركز الذي يحتله أي مسؤول انما هو خدمة لغيره. وفي صحيح مسلم^(٣) (عن أبي ذر^(٤) قال قلت يا رسول الله ألا تستعملني^(٥)) قال فضرب بيده على منكبي ثم قال يا أبا ذر إنك ضعيف وإنها أمانة وإنها يوم القيامة خزي وندامة إلا من أخذها بحقها وأدى الذي عليه فيها). لهذا الحديث الشريف أصل عظيم في إجتناوب المناصب والوظائف ولا سيما بالنسبة لمن كان فيه ضعف عن القيام بوظائف تلك المناصب لعدم كفاءته وضعف أهليته.

(١) سورة آل عمران / ١٨٥

(٢) سورة النساء / ٧٨.

(٣) صحيح مسلم ١٤٥٧/٣.

(٤) أي توظفني وتعينني بمنصب

المبحث الثاني أحكام العلاقات الدولية

الإسلام يأمر بان يكون تنظيم هذه العلاقات كما ذكرنا مبنيا على اساس الاخوة البشرية وبالتالي على أساس السلم والمحبة والوئام والتعاون والتضامن.

والإسلام يأمر بالتمسك بالسلم وعدم اللجوء الى استخدام القوة الا في حالات استثنائية ضرورية يقول تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَافَّةً وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ﴾^(١).

واللجوء الى استخدام القوة والحرب في تلك الحالات الاستثنائية يسمى جهاداً وقد حدد القرآن الكريم الاهداف والمبررات التي يجب الجهاد لاجلها. منها الدفاع عن العقيدة فقال تعالى: ﴿الَّذِينَ آمَنُوا يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ كَفَرُوا يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ الطَّاغُوتِ فَقَاتِلُوا أَوْلِيَاءَ الشَّيْطَانِ إِنَّ كَيْدَ الشَّيْطَانِ كَانَ ضَعِيفاً﴾^(٢).

ومنها: مقاومة الفتنة وازالتها قال تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ...﴾^(٣) ومنها حق الدفاع الشرعي عن النفس ومادون النفس والعرض والمال. فقال تعالى: ﴿...فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ...﴾^(٤).

مبادئ الإسلام التي تقيّد مشروعية الحرب:

وضع الإسلام مبادئ انسانية وطلب رعايتها في الحرب ومنها ما يلي:

١- الوفاء بالعهود والمواثيق وتحريم الغدر والخيانة في الظاهر والباطن.

(١) سورة البقرة / ٢٠٨

(٢) سورة النساء / ٧٦.

(٣) سورة البقرة / ١٩٣.

(٤) سورة البقرة / ١٩٤.

٢- احترام الإنسانية. وتكريم البشرية والدعوة الى الاخاء الشامل ايا كان الطرف المقابل.

٣- اعتبار الفضيلة والاخلاق اساس العلاقات الدولية في الحرب والسلم على حد سواء.

٤- الاخذ بالرحمة في الحالات التي تطلب الرحمة والعفو عند المقدرة.

٥- العدالة المطلقة وعدم التجاوز عن الحدود المطلوبة لتحقيق النصر او اللجوء الى التفاوض والسلم.

وصايا الحرب:

هناك وصايا للمجاهدين المسلمين عليهم ان يتقيدوا بها منها واردة في القرآن الكريم والسنة النبوية، ومنها اوصى بها الخلفاء الراشدون ومن هذه الوصايا: -

أ- عدم التجاوز عن الحد المشروع قال تعالى: ﴿...فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾.

ب - وقال الرسول (ﷺ): (لا تغدروا ولا تغلوا ولا تقتلوا وليدآ..... وستجدون رجالآ في الصوامع معتزلين للناس فلا تعرضوا لهم.... ولا تقتلن امرأة ولا صغيرا ولا كبيرا فانيا، ولا تحرقن غلا، ولا تقلعن شجرا، ولا تهدمن بيوتا) .

ج- وقال الخليفة الاول ابو بكر الصديق (رضي الله عنه) (ولا تحنونا ولا تغدروا ولا تقتلوا طفلاً وشيخاً كبيراً. ولا امرأة ولا تقلعوا غلا ولا تحرقوه، ولا تقطعوا شجرة مثمرة. ولا تذبحوا شاة ولا بقرة ولا بعيراً).

د- وقال عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) (اني امرك^(١) ومن معك من الاجناد بتقوى الله على كل حال فان تقوى الله افضل العدة على العدو واقتوى للمكيدة في الحرب وامرك ومن معك ان تكونوا اشد احتراسا من المعاصي منكم من عدوكم فان ذنوب الجيش اخوف عليهم من عدوهم. وانما ينصر المسلمون بمعية عدوهم لله. ولولا

(١) يخاطب احد قادة الجيش.

ذلك لم تكن لنا بهم قوة لان عدونا ليس كعددهم ولا عدتنا كعدتهم فان استوينا في المعصية كان لهم الفضل علينا في القوة).

هـ- وقال علي بن ابي طالب (عليه السلام) (ايالك والدماء وسفكها بغير حلها فانه ليس شيء أدنى لنقمة، ولا أعظم لتبعة ولا أخرى بزوال نعمة من سفك الدماء بغير حلها فلا تقو سلطانك بسفك دم حرام، فان ذلك مما يضعفه ويوهنه بل يزيله وينقله) ^(١).

معاملة اسرى الحرب:

أمر القرآن الكريم بحسن معاملة الاسرى في حالة الاسر وعدم اهانتهم او تعذيبهم او تجويعهم، وحدد مصير الأسير بفكه من الأسر إمّا منّا (اي بدون مقابل) وإمّا فداء بمقابل وغالبا يكون هذه المقابلة بتبادل الاسرى.

فقال سبحانه وتعالى: ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّى إِذَا أَثْنَتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الرِّبَاطَ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدَ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا...﴾ ^(٢).

وقال سبحانه وتعالى في بيان الابرار من بني البشر وعد اوصافهم: ﴿وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾ ^(٣).

اي ان الابرار الذين يقدمون الطعام الى المسكين واليتيم والاسير على الرغم من حبهم لهذا الطعام وحاجتهم اليه فبرهم يدفعهم الى روح الايثار وتفضيل هؤلاء على انفسهم.

وبناء على ذلك فإن الإسلام يأمر بان يعامل الاسير معاملة حسنة اثناء الاسر كما يأمر باخلاء سبيله واعادته الى اهله وبلده إمّا منّا وإمّا بمقابل، وقُدّم المن على الفداء تشجيعا على اختياره وتفضيله على الفداء.

^(١) لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا فلسفة الشريعة.

^(٢) سورة محمد / ٤.

^(٣) سورة الاتسان / ٨.

ايقاف الحرب واللجوء الى السلم:

امر القرآن الكريم قادة جيش المسلمين بان يقبلوا فوراً طلب العدو ايقاف القتال واللجوء الى السلم في حل المسألة التي قامت الحرب لاجلها فقال القرآن الكريم: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ...﴾^(١).

الدبلوماسية في الإسلام:

الدبلوماسية هي الرسول الذي يتابع اخبار الذي بعثه. والسفير هو الرسول والمصلح بين القوم. وقد استعمل كلا المصطلحين للمفرد الدبلوماسي وغلب معنى الاصلاح والوساطة في استعمال كلمة (السفير) وورد في القرآن الكريم هذا المصطلح فقال سبحانه وتعالى: ﴿بِأَيِّدِي سَفَرَةٍ كِرَامٍ بَرَرَةٍ﴾ وسفرة جميع سفير.

وقد بعث الرسول (ﷺ) عددا من الرسل والموفدين الى ملوك البلاد المجاورة كالنجاشي ملك الحبشة والمقوقس ملك مصر، وكسرى ملك فارس، وهرقل امبراطور الروم، وحملوا اليهم كتباً مصدرة بشعار (سلام على من اتبع الهدى) يدعوهم فيها النبي الى الإسلام.

وكذلك بعث النبي (ﷺ) الى بعض رؤساء القبائل العربية ومنهم المنذر بن ساوى ملك البحرين. وجعفر الجندبي ملك عمان وكانت اكثر الاجوبة ايجابية من قبل الملوك ورؤساء القبائل. وكذلك ارسل الخلفاء كتباً وبعثات دبلوماسية مماثلة في أيام الخلفاء الراشدين والامويين والعباسيين.

الحصانات الدبلوماسية:

الإسلام اقر الحصانة للممثلين الدبلوماسيين على لسان نبيه (ﷺ) وكان النموذج لهذه الحصانة قال النبي لرسولي مسيلمة الكذاب (لولا ان الرسل لا تقتل لضربت اعناقكم).

^(١) سورة الانفال/٦١.

وسنة الحصانة الدبلوماسية اتبعها اصحاب الرسول وخلفاؤه والمسلمون في العصور الإسلامية الاولى كما في الوقت الحاضر^(١).

حرمة المعاهدات في الإسلام:

امر القرآن الكريم بالوفاء بالالتزامات التي تترتب على المعاهدة اذا كانت صحيحة مستوفية لشروطها الشرعية ويحرم الاخلال بها ما لم يسبق الى هذا الاخلال الطرف الآخر للمعاهدة.

فقال القرآن الكريم ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا...﴾^(٢)
وقال ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ﴾^(٣) وأمر القرآن الكريم بالالتزامات المترتبة على هذه المعاهدة.

فقال القرآن الكريم ﴿إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنْقُصُوكُمْ شَيْئًا وَلَمْ يُظَاهِرُوا عَلَيْكُمْ أَحَدًا فَأَتِمُوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَى مُدَّتِهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ﴾^(٤).
وقد تم عقد معاهدات في عهد الرسالة ومنها:-

أ- الوثيقة التي كتبها النبي (ﷺ) في المدينة في اوائل ايام هجرته اليها وهي كتاب بين المؤمنين من المهاجرين المكيين والانصار اليشريين من جهة وبين اليهود من جهة ثانية وبموجب ذلك اقر اليهود على دينهم واموالهم واشترط لهم وعليهم ماتضمنته تلك الوثيقة.

وقد أقرت لهم حرية العقيدة والرأي. وحرمة النفس والحياة (الحرية الشخصية) وحرمة المال (حرية الملكية الشخصية) وغيرها من الحقوق والحريات الاخرى.

(١) لمزيد من التفصيل راجع الدكتور صبحي محصاني، القانون والعلاقات الدولية في الاسلام. طبعة بيروت، ص ١٣٧ وما بعدها.

(٢) سورة الاسراء / ٣٤

(٣) سورة النحل / ٩١

(٤) سورة التوبة / ٤

ب- ومن معاهدات النبي أيضا صلح الحديبية الذي عقد بينه وبين قبيلة قريش في مكة في السنة السادسة للهجرة (٦٢٨م) وهي معاهدة تحالف على عدم الاعتداء بين مسلمي المدينة ومشركي مكة. وهذه المعاهدة تعتبر كسابقة لجواز عقد المعاهدات مع غير المسلمين لمدة محددة، كما كانت اعترافا رسميا من جانب المكيين بالدولة الفتية الإسلامية في المدينة. وكانت مدتها في الاصل عشر سنوات ولكن انتهت بعد مضي سنتين بنقضها من قبل قريش^(١).

^(١) ويوجد نص هذه المعاهدات في سيرة ابن هشام. وفي حياة عماد ليهيكل /ص ٢٦٢، ٢٢١. وتناولها بالبحث الاستاذ صبيحي عمصاني في المرجع السابق /ص ١٤٠.

المبحث الثالث

الأحكام الدستورية

المقصود من الأحكام الدستورية هو مجموعة القواعد الأساسية العامة التي تهدد طبيعة الحكم في الدولة وترسم قواعده فيها. وتضع الضمانات لحقوق الافراد وتوضح مدى سلطاتها عليهم، وتنظم سلطاتها العامة واختصاصات هذه السلطات. والقرآن الكريم، لم يحدد طبيعة نظام الحكم بل ترك ذلك لمتطلبات الحياة مع مراعاة المصالح العليا في كل وقت. ولكن أكد ضرورة بناء الدولة على أربعة أسس رئيسة.

الأساس الأول: الشورى واهلية القائد

قال سبحانه وتعالى -وهو مخاطب رسوله-: ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ ^(١)﴾. وتستنبط من هذه الآية الكريمة الأحكام الآتية:-

أولاً- على قادة الامة ان يقتدوا بسيدنا محمد (ﷺ) وان يتصفوا بهذه الصفات القيادية قال تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ ... ^(٢)﴾.

ثانياً- ان يحسن الخلق للقائد وغيه هبة ورحمة من الله ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ ... ^(٣)﴾

ثالثاً- اللفظ هو الإنسان الذي يكون سيء الخلق. واما خليط القلب فهو الذي لا

^(١) سورة آل عمران / ١٥٩.

^(٢) سورة الاحزاب / ٢١.

^(٣) سورة آل عمران / ١٥٩.

يتأثر بشيء. فقد لا يكون الإنسان شيء الخلق لاجد ولكنه لا يُرق لهم ولا يرحمهم.

فالقائد يجب ان لا يتصف بأية واحدة من هاتين الصفتين، لانهما تتعارضان مع الوظيفة الإدارية.

رابعاً- يجب في القائد ان تتغلب فيه صفة العفو، لأن الغرض من العقاب هو الإصلاح فمادام هناك بصيص من الامل في الإصلاح عن طريق العفو فيجب الكف عن اللجوء الى العقاب.

قال تعالى في وصف المؤمنين: ﴿الَّذِينَ يُنْفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكَاظِمِينَ الْغَيْظَ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾^(١).

خاصةً- هذه الآية تدل على أن سيدنا محمداً (ﷺ) كان مأموراً بالاجتهاد في غياب الوحي، وان الاجتهاد يتقوى بالمناظرة والمباحثة فلهذا كان مأموراً بالمشاورة.

سادساً- إذا كان النبي (ﷺ) وهو المختار لآخر الرسالة من رسالات السماء ملزماً بأن يلجأ الى المشاورة وان لا يصنع أي قرار بارادته المنفردة، فان غيره من قادة الامة عليهم من باب اولى عدم صنع القرار بالارادة المنفردة^(٢).

سابعاً- إذا تم الرأي واتخذ القرار بالمشاورة فلا يجب ان يقع الاعتماد عليه فحسب، بل يجب التوكل على الله وإعانتة أيضاً.

ثامناً- ليس التوكل ان يهمل الإنسان نفسه وإلا كان الأمر بالمشاورة منافياً للأمر بالتوكل، بل التوكل هو أن يراعي الإنسان الأسباب الظاهرة ويعتمد بقلبه على الله.

الأساس الثاني: العدل

العدل هو اعطاء كل شخص ما يستحقه فاذا اعطي الاكثر في المكافأة مثلاً او عوقب بالأقل كما في الجريمة تسمى الزيادة او النقصان احساناً كما قال تعالى: ﴿إِنَّ

^(١) سورة آل عمران/١٣٤.

^(٢) المزيد من التفصيل راجع تفسير الفخر الرازي المعروف بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب للإمام محمد الرازي ١٢/٩ وما بعدها.

اللَّهُ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ...^(١) ﴿ وقد سمي بعض علماء القانون الفرق المذكور عدالة وهذا خطأ لأن العدل مصدر والعدالة حاصل المصدر فمن حيث المعنى لا يختلفان لوحدة مادتهما (ع، د، ل).

العدل أساس رئيس في كل حكم، أياً كانت طبيعته، وقد نص على هذه الحقيقة القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً^(٢)﴾.

وتدل هذه الآية الكريمة على ان الامانة هي كل واجب على الإنسان يكون ملزماً بأدائه تجاه ربه ونفسه وغيره^(٣). ورعاية الامانة مع ربه هي فعل مامر به الله وترك مانهاه عنه. واما امانة الإنسان مع نفسه فهي ان لا يختار لها الاماهاو الانفع والاصح له في الدين والدنيا وان لا يقدم بدافع من الشهوة او الغضب على مايضره. والامانة تجاه غيره: هي مايجب ان يقوم به تجاهه من القيام بفعل نافع والامتناع عن فعل ضار.

وتولي مسؤولية قيادة الامة امانة بزمة القائد والإمام (رئيس الدولة) فعليه ان يؤدي هذه الامانة مقتنة بالعدل والاحسان كما يقول القرآن ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ...﴾ وان يكون عادلا في كل مايقوله ويامر به. كما يطلبه القرآن ﴿...وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ...﴾^(٤). وان تكون تصرفاته عادلة حتى مع الاعداء كما يأمر به القرآن ﴿...وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ...﴾^(٥).

(١) نحل ٩٠/

(٢) سورة النساء/ ٥٨.

(٣) تفسير الرازي المرجع السابق ١٠/ ١٤٥ وما بعدها.

(٤) سورة النحل / ٩٠.

(٥) سورة الانعام / ١٥٢.

(٦) سورة المائدة / ٨.

الأساس الثالث: المساواة

وهو عبارة عن التوازن بين حقوق الفرد والتزاماته، بحيث لاتزيد احداها على الأخرى، رعاية المساواة من أهم ركائز استقرار كل حكم، سواء أكان إسلامياً أم غير إسلامي، لأن المساواة من الحقوق الطبيعية، وهي تلازم آدمية الإنسان. تقتنها سنة الحياة فكل خلل في هذه الركيزة تنعكس اثارها السلبية ومردودها السيء على الفرد والمجتمع والحكم نفسه.

وأساس المساواة في نظر الإسلام هو رابطة النسب والتلاقي في أصل واحد بالاضافة الى الروابط الاخرى.

فقال سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ...﴾^(١). واكد هذه الحقيقة الرسول (ﷺ) في قوله (الناس سواسية كاسنان المشط). أي يا أيها المختلفون اجناساً وألواناً، المتفرون شعوباً وقبائل، إنكم من اصل واحد، فلا تختلفوا ولا تتفرقوا. والذي يناديكم هو ربكم وخالقكم من ذكر وانثى وهو يطلعكم على الغاية من جعلكم شعوباً وقبائل. انها ليست التنافر والحصام انما هي التعارف والتعاون والوثام. فاما اختلاف الالسنه والالوان واختلاف الطبائع واختلاف المواهب والاستعدادات فتنوع لا يقتضي النزاع والشقاق بل يتطلب التعاون للنهوض بجميع التكاليف والوفاء بجميع الحاجات وليس للون والجنس واللغة والاقليم وسائر مثل هذه المعاني حساب في ميزان الله. انما هناك ميزان واحد تتحدد به القيم ويعرف به فضل الناس ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾. وهكذا تتوارى جميع اسباب النزاع والحصومات في الارض وترخص جميع الماديّات التي يتكالب عليها ويظهر سبب مهم واضح للالفة والتعاون وهو، ألوهية الله للجميع وخلقهم من اصل واحد^(٢).

(١) سورة الحجرات/١٣.

(٢) انظر سيد قطب / ظلال القرآن / ٢٦/ ١٤٣.

الأساس الرابع: الحرية

اعترف الإسلام للفرد بحرياته وحقوقه، ومن هذه الحريات والحقوق:

(أ) حق الملكية الفردية، وكفله بأحكام متعددة منها تحريم الاعتداء على هذا الحق في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...﴾^(١). ومنها تقرير عقوبة شديدة على السرقات فقال تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾^(٢). ولكن الإسلام لم يجعل حق الملكية حقاً مطلقاً كما بينا ذلك في محله

(ب) حرية الرأي: فمن الأمور الدنيوية غير ذات الصبغة الدينية للفرد الحرية في ان يبدي من الآراء ما يشاء ولكن دون عدوان (أي دون ان يكون قاذفاً أو ساباً أو داعياً إلى الفتنة والفوضى). فقد قال سبحانه وتعالى: ﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ...﴾^(٣).

وأما في الأمور ذات الصبغة الدينية فإن لكل من تتوفر فيه شروط الاجتهاد في كل مسألة لم يرد بشأنها نص يدل على حكمها دلالة قطعية ان يجتهد ويبدي رايه فيها.

(جـ) حرية العقيدة: كفل الإسلام ايضاً حرية العقيدة الدينية في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَآمَنَ مَن فِي الْأَرْضِ كُلُّهُمْ جَمِيعاً أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾^(٤).

ومنها قوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ...﴾^(٥) وكذلك نجد في القرآن الكريم آيات كثيرة تحث الفرد على ان تكون عقيدته نابعة عن الاستدلال عن طريق النظر والتأمل لا عن طريق مجرد المحاكاة وتقليد الابوين أو غيرهما.

(١) سورة النساء/ ٢٩.

(٢) سورة المائدة/ ٣٨.

(٣) سورة النساء/ ١٤٨.

(٤) سورة يونس/ ٩٩.

(٥) سورة البقرة/ ٢٥٦.

المبحث الرابع الاحكام الإدارية

لم يحدد الإسلام طبيعة الواردات والمرافق العامة للدولة وانما ترك ذلك لتنظيم العقل السليم في ضوء متطلبات الحياة المتطورة ورعاية المصالح العليا للامة في كل زمان ومكان.

وقد قرر فقهاء المسلمين ان رئيس الدولة هو مستودع السلطة التنفيذية فهو الذي يمارسها بصورة مباشرة وغير مباشرة بحكم مسؤوليته عن الرعاية أمام الله وامام الناس.

وعليه الاستعانة بغيره من ذوي الاختصاص واصحاب الخبرة والكفاءة كل في حقل عمله واختصاصه.

ويتكون جهاز السلطة التنفيذية من رئيس الدولة ومن هؤلاء المعاونين الاداريين في كافة المرافق العامة.

وللإمام (رئيس الدولة) صلاحيات دينية ودينية (سياسية).

اولا - الصلاحيات الدينية:

١- حفظ الدين: عليه تأمين كافة متطلبات التعليم ونشر مبادئه ورقابة الاستمساك به ومحاسبة كل من يخرج عليها.

٢- الجهاد في سبيل الله والدفاع عن الامة الإسلامية كلما تعرضت لخطر الاعداء والدعوة الى الإسلام بالحكمة والموعظة الحسنة والوسائل السلمية.

٣- رعاية الشرع والعدل في جباية الأموال من موارد الدولة وصرفها في مصارفها الشرعية.

٤- السهر الدائم على اقامة الشعائر الدينية والعمل على انشاء امكنة العبادات وتأمين من يتولى مسؤولية هذه الامكنة من حيث اداء الشعائر الدينية فيها ومن حيث الادامة والصيانة، وكذلك الاهتمام بالمرافق العامة للدولة والمؤسسات الصحية والاجتماعية والاقتصادية ونحوها من مستلزمات الحياة العامة.

ثانياً - الصلاحيات الدنيوية (السياسية) :

- ١- الاشراف على الشؤون العامة للدولة يقول الماوردي (على الخليفة ان يباشر بنفسه مشاركة الامور وتصفح الاحوال لينهض بسياسة الامة وحراسة الملة ولا يُعول على التفويض).
- ٢- الدفاع عن الدولة في مواجهة الاعداء باعداد الجيش وتحصين الثغور وتأمين القوة وتهينة المعدات والمؤن وسائر المتطلبات العسكرية.
- ٣- المحافظة على امن الدولة والنظام العام.
- ٤- الاشراف على اقامة العدل بين الناس.
- ٥- الاشراف على الادارة المالية.
- ٦- اختيار اعوانه على الاسس السليمة ممن تتوفر فيهم الكفاءة والخبرة والاخلاص والشعور بالمسؤولية^(١).

الولاية وسلطاتها :

- قسّم أبو يعلى في (الأحكام السلطانية)^(٢) الولاية بحسب سلطاتهم وصلاحياتهم الى الاقسام الاربعة الآتية:-
- ١- ولاية تكون ولايتهم عامة في الاعمال العامة وهم الوزراء لانهم مستنابون من قبل الخليفة (رئيس الدولة) في جميع الامور من غير تحديد.

^(١) للمزيد من التفصيل راجع / الأحكام السلطانية والولايات الدينية للماوردي (ابن الحسن علي بن محمد حبيب المتوفى ٤٥٠ هـ) الطبعة الثانية ١٩٦٦ ص ١٥ ومابعدها. الأحكام السلطانية للقاضي ابي يعلى (محمد بن الحسين الفراء الحنبلي) المتوفى (٤٥٨ هـ) الطبعة الثانية ١٩٦٦ ص ٣٧-٣٨.

^(٢) راجع الأحكام السلطانية لابن يعلى الفراء الحنبلي ص ٣٨ ومابعدها.

٢- ولاية تكون ولايتهم عامة في كل الدولة ولكنها في اعمال خاصة وهم الامراء الموزعون على اقليم الدولة واختصاصهم عامة ولكن ممارستها من كل واحد منهم محصورة في الاقليم الذي يتولى ادارة شؤونه ويقابلهم في الوقت الحاضر (المحافظون) تقريبا.

٣- ولاية تكون ولايتهم خاصة في اعمال خاصة معينة من الاعمال العامة التي تخص كل الامة مثل قاضي القضاة ويقابله اليوم وزير العدل. ونقيب الجيش ويقابله وزير الدفاع تقريبا. ومسؤول المالية العامة من حيث الجباية والمصارف ويقابله وزير المالية.

٤- ولاية تكون ولايتهم خاصة في اعمال خاصة في منطقة خاصة مثل القاضي يمارس القضاء فقط في منطقة صلاحيته وليس له ذلك في منطقة اخرى او في بلد اخر. وكمسؤول جباية موارد الدولة في بلد خاص او اقليم معين من أقاليم الدولة. ومدير الشرطة لاقليم معين كالمحافظة في الوقت الحاضر.

الوزارة:

كانت الوزارة اهم مناصب الدولة في عهد الخلفاء بعد منصب الخلافة (رئاسة الدولة الإسلامية) يقول ابن خلدون في مقدمته: (الوزارة ام المخطط السلطانية والرتب الملوكية، لأن اسمها يدل على مطلق الاعانة. فان الوزارة مأخوذة اما من الموازنة، وهي المعاونة، او من الوزر وهو الثقل، لأن الوزير يحمل اوزار ائقال الخليفة (رئيس الدولة).

نشأة الوزارة:

يرى البعض ان الوزير هو فارسي مأخوذ الأصل من الفرس ولكنه ورد في القرآن الكريم على لسان سيدنا موسى (عليه السلام) في قوله تعالى: ﴿وَأَجْعَلْ لِّي وَزِيرًا مِّنْ أَهْلِي هَارُونَ أَخِي اشْدُدْ بِهِ أَزْرِي وَأَشْرِكْهُ فِي أَمْرِي﴾^(١).

وقال الرسول (ﷺ) (إذا أراد الله بعبد خيراً جعل له وزير صدق إن ذكر إعانه وإن نسي ذكره. وإذا لم يرد به خيراً جعل له وزير سوء إن نسي لم يذكره، وإن ذكر لم يُعنه). وكان كبار اصحاب رسول الله (ﷺ) يقومون بمهام الوزير يستشير بهم في القضايا الدنيوية والاجتهادية يقدمون له العون في ادارة شؤون الدولة الإسلامية. كما ان نظام الولاية ايضا بدأ في عهد الرسالة فارسل العمال الى الاقاليم الخاضعة للحكم الإسلامي آنذاك.

وقد اهتم فقهاء المسلمين بصياغة وضبط احكام الوزارة ومنهم الشعالبي وابن طباطبا. والماوردي، وابو يعلى الفراء وتناول هذان الاخيران انواع الوزارة وصلاحياتها كل في كتابه المسمى ب (الأحكام السلطانية^(١)).

انواع الوزارة:

قسّم الماوردي والفراء الوزارة في الدولة الإسلامية الى نوعين:
وزارة التفويض، ووزارة التنفيذ.

اولاً: وزارة التفويض:

وزارة التفويض هي ان يستوزر الإمام (رئيس الدولة) من يفوض اليه تدبير الامور برأيه وامضائه والتصرف باجتهاده وكانت اشمل الولايات على الاطلاق وكان وزير التفويض يملك كافة صلاحيات الخليفة باستثناء ثلاثة منها وهي:-

١- ولاية العهد فكانت صلاحية تعيين ولي العهد من اختصاص الخليفة.

٢- وكان من اختصاص الخليفة ان يستعفي الامة من الإمامة.

٣- اعفاء الوزير من منصبه.

ولسعة صلاحيات وزير التفويض اشترط ان تتوفر فيه شروط الإمامة (رئاسة الدولة). بل كان يشترط في وزير التفويض شرط زائد على شروط الإمامة وهو ان

^(١) راجع الأحكام السلطانية للماوردي الباب الثاني تقليد الوزارة ص ٢٢-٢٩. الأحكام السلطانية للقاظمي ابي يعلى الفراء ص ٢٩ وما بعدها.

يكون من اهل الكفاية فيما وكل اليه من شؤون الحرب والمالية وله خبرة مفصلة في هذه الامور^(١).

طبيعة التعاون بين الإمام ووزير التفويض:

يمكن تلخيص هذا التعاون فيما يلي:

- ١- كان على وزير التفويض متابعة الإمام (رئيس الدولة) في كل ما يمضيه من تدبير وما ينفذه من ولاية وتقليد، لئلا ينتهي به الامر الى الاستبداد بالسلطة.
- ٢- كان على الخليفة ان يتفحص افعال الوزير وتدييره للأمور- ليقر منها ما كان موافقا للصواب ويستدرك ما كان مخالفاً^(٢).

ثانيا: وزارة التنفيذ:

كانت هذه الوزارة اقل صلاحية من وزارة التفويض لان دوروزير التنفيذ - كما يفهم من الاسم- يقتصر على تنفيذ ما يأمر به الخليفة فهو لا يتصرف برأيه واجتهاده كما كان يعمل ذلك وزير التفويض.

الموازنة بين وزارتي التفويض والتنفيذ:

تتميز وزارة التفويض من التنفيذ بالصلاحيات الآتية:-

- ١- لوزير التفويض مباشرة الحكم والنظر في المظالم وليس لوزير التنفيذ ذلك.
- ٢- لوزير التفويض ان يستبد بتقليد الولاةولم يكن لوزير التنفيذ ذلك.
- ٣- لوزير التفويض التصرف في اموال بيت المال (الخزانة العامة) بقبض ما يستحق له ويدفع ما يجب فيه وليس لوزير التنفيذ هذه الصلاحية.
- ٤- لوزير التفويض ان ينفرد بتسيير امور الجيش وتديير شؤون الحرب ولم يتمتع وزير التنفيذ بتلك الصلاحية.

شروط التعيين لمنصب وزارة التنفيذ:

يشترط ان يتوفر في من يتولى وزارة التنفيذ الشروط الآتية:-

(١) الاحكام السلطانية للماوردي ص٢٢.

(٢) الاحكام السلطانية للماوردي ص٢٩-٣٠.

- ١- الأمانة: حتى لا يخون فيما أؤتمن عليه.
- ٢- صدق الكلام: حتى يوثق مُخبره فيما يؤديه، ويقول على قوله فيما ينهيه.
- ٣- كونه شخصا مرغوبا فيه لدى أبناء الأمة.
- ٤- الذكاء والفتنة حتى لا تُدلس عليه الامور.
- ٥- عدم خضوعه لهواه حتى لا يخرج الهوى من الحق الى الباطل^(١).

الدواوين:

لما توسعت رقعة الدولة الإسلامية عُن في كل اقليم عامل (وال) وكان يتولى ادارة الشؤون الدينية. والقضائية، والعسكرية، والمالية، فظهرت الحاجة الماسة الى انشاء الدواوين التي هي بمثابة المرافق العامة في هذا العصر وحددت اختصاصها كالآتي:-

(أ) ديوان الجيش: كان الجهاد واجبا على كل ذكر يستطيع حمل السلاح والدفاع عن الحق والدين مسؤولا عن تنظيم وتأمين المؤن والمعدات العسكرية. وانهاء الخدمة في الجيش وتعويض مايفوت من السلاح والمعدات ونفقات السفر، ونفقات الشهداء.. وغير ذلك مما يتعلق بالقضايا العسكرية.

(ب) ديوان الخراج: كان لهذا الديوان فروع كل فرع يتولى مسؤولية جباية الخراج وهي مستقلة ولكن في العهدين الاموي والعباسي اصبح ديوان الخراج ثابتا في مركز الخلافة (العاصمة) وهو يدير مالية الدولة كلها ويتولى الادارة المالية المركزية.

(ج) ديوان البريد: يعتبر معاوية اول من انشأ في الدولة الإسلامية نظام البريد. وكان في اول الامر خاصا بريد الدولة ثم عمم وأبيح للشعب استعماله في رسائلهم.

(١) المرجع السابق.

وسائل نقل البريد:

كانت الوسائل تقتصر على الطرق الآتية:-

- ١- طريقة استعمال الخيول لنقل البريد.
- ٢- طريقة عربات قجرها الخيول في حالات الطوارئ، وفي القضايا العسكرية خاصة.
- ٣- الحمام الزاجل (البريد الجوي).
- ٤- ديوان البريد يتولى مهمة تعيين الموظفين والعمال في الدولة ويشبه مجلس الخدمة في هذا العصر.

نظام الحسبة:

الحسبة هي الأمر بالمعروف أي ماينفع الفرد والمجتمع. والنهي عن المنكر أي عما يضر الفرد والمجتمع. والحسبة في الإسلام فرض كفاية تجب على المجموع بحكم القرآن الكريم والسنة النبوية:

أ/ القرآن: من الآيات الامرة بتطبيق نظام الحسبة قوله تعالى: ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ^(١)﴾.

ب/ السنة النبوية: - من أقوال الرسول (ﷺ) الداعية الى تطبيق الحسبة قوله (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الايمان).
وقوله (بنس القوم قوم لا يأمرون بالمعروف ولا ينهون عن المنكر).

^(١) سورة آل عمران ١٠٤



الفصل العاشر

القضاء ووسائل الإثبات

القضاء: هو الحكم بين الناس بالحق^(١).

اهتم الإسلام بالقضاء من حيث التنظيم والتطبيق منذ عهد الرسالة، لأنه أجل العلوم قدراً وأعزها مكاناً وأشرفها ذكراً، به الدماء تعصم ولا تسفح، والأبضاع تحرم وتُنكح والأموال تُثبت...

وقال المفسرون ان المقصود بالحكمة في قوله تعالى: ﴿...وَأَتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصَّلَ الْخِطَابِ^(٢)﴾ هو علم القضاء..

وقد باشر الرسول (ﷺ) القضاء بنفسه وامر اصحابه به وارسل بعضهم قضاة الى الاقاليم الخاضعة للحكم الإسلامي وخصص فقهاء المسلمين على اختلاف المذاهب كل في مذهبه كتاباً أو باباً مستقلاً لدراسة القضاء من حيث آدابه وواجبات القاضي وشروط صحة توليه لمنصب القضاء..

وكذلك اهتم الفقهاء بادلة الاثبات بعد القضاء مباشرة لوجود الصلة بينهما.

ونفرد دراسة كل من القضاء وادلة الاثبات بمبحث مستقل لزيادة الايضاح والفائدة.

^(١) بدائع الصنائع للكاظمي ٦/ ٤٠٧٨

^(٢) سورة ص ٢٠

المبحث الأول

القضاء

يتناول هذا المبحث: مشروعية القضاء وحكمه وشروط القاضي وآداب القضاء.

مشروعية القضاء:

ثبتت مشروعية القضاء بالقرآن والسنة النبوية والاجماع.

أ- القرآن: تناولت آيات كثيرة في القرآن الكريم القضاء واحكامه ومنها قوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ...﴾^(١)

ب- السنة النبوية: باشر الرسول (ﷺ) بنفسه القضاء فقاضى في خصومات الناس كثيرا وشجع اصحابه على القضاء وقال: (إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله اجران وإذا اجتهد فأخطأ فله اجر)^(٢).

واتبع نهج الرسول الكريم في الاهتمام بالقضاء خلفاؤه واصحابه وأئمة الفقه.

ج- الاجماع: اجمع فقهاء المسلمين في كل عصر على ان القضاء ضرورة من ضروريات تنظيم الحياة.

حكم القضاء:

القضاء بالنظر الى ذاته واهميته في الحياة جعله الإسلام فرض كفاية أي واجبا على المجموع من افراد الامة، فاذا قام به بعضهم سقط التكليف عن الكل. اما بالنسبة لمن يتولي القضاء فله احكام ثلاثة:

أ- حرام لمن لم تتوفر فيه اهلية القضاء وشروط مباشرته.

^(١) سورة المائدة / ٤٩.

^(٢) سبل السلام ١٥٥/٤.

ب- جاز لمن تتوفر فيه الشروط والمؤهلات في منطقته ويوجد الآخرون تتوفر فيهم أهلية القضاء..

ج- فرض عين على من لا يوجد غيره من يكون أهلاً للقضاء..

شروط القاضي:

اختلف فيها الفقهاء وأختصرها ابن قدامة^(١) في ثلاثة وهي:

١- الكمال

٢- العدالة

٣- أهلية الاجتهاد

وشروط الاجتهاد قال به كثير من الفقهاء منهم الإمام مالك والشافعي والإمام أحمد قياساً على المفتي، لأن المفتي لا يجوز أن يكون عامياً مقلداً، فكذلك القاضي يجب أن لا يكون كذلك من باب أولى، لأن قراره افتاء والزام، بخلاف الافتاء فلا الزام فيه^(٢). ويرى أبو حنيفة وأصحابه: أن أهلية الاجتهاد ليست شرطاً، بل يكفي أن يقضي بعلم غيره بالرجوع إلى أقوال الفقهاء^(٣).

آداب القضاء:

نُحِصَ عمر بن الخطاب رضي الله عنه في رسالته التي بعثها إلى أبي موسى الأشعري آداب وواجبات القضاء وهذا هو نص الرسالة^(٤).

بسم الله الرحمن الرحيم

هذا من عبدالله عمر بن الخطاب أمير المؤمنين إلى أبي موسى الأشعري.
سلام عليك..

^(١) المفتي ٤٠/٩.

^(٢) المفتي المرجع السابق / الرملي نهاية المحتاج ٢٢٦/٨.

^(٣) البينائع تلكساني ٤٠٧٩/٩.

^(٤) هذه الرسالة ورد نصها في كثير من المراجع مع بعض الاختلافات في عباراتها.

أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فعليك بالعقل والفهم وكثرة الذكر، فافهم إذا أدلى إليك الرجل الحجة، فاقض إذا فهمت وامض إذا قضيت، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، وآسى بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك وقضائك، حتى لا يطمع شريف (قوي) في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك.

البيئة على المدعي، واليمين على من أنكر، والصالح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً. ومن ادعى حقاً غائباً أو بينة، فاضرب له أمداً ينتهي إليه. فإن احضر بينته أخذت له بحقه. وإلا وجهت القضاء عليه، فإن ذلك أبلغ للعدو. ولا يمنعك قضاء قضيت بالأمس فراجعت فيه عقلك، وهديت فيه لرشدك، أن ترجع إلى الحق. فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التماضي في الباطل. الفهم الفهم فيما يحتاج في صلك مما ليس في كتاب الله وسنة رسول الله، ثم اعرف الأشياء والأمثال. وقس الأمور عند ذلك. واعمد إلى أقربها إلى الله واشبهها بالحق.

المسلمون عدولٌ بعضهم على بعض، إلا جلوداً في حدٍّ أو مجرباً عليه شهادة زور، أو ظنياً في ولاء أو نسب أو قرابة، فإن الله تولّى منكم السرائر وأدرك عنكم بالبينات والإيمان الشبهات. وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذى بالناس عند الخصومة والتنكر عند الخصومات فإن القضاء عند مواطن الحق يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر^(١).

وقد استنتج الفقيه الحنفي المعروف بالكاساني من هذه الرسالة آداب وواجبات القاضي أهمها ما يلي:

- ١- أن يكون فاهماً للخصومة المعروضة عليه فيتابع أقوال الخصم ويستمع إليهم ليصل إلى الحق والصواب.
- ٢- أن يكون مرتاح البال والنفس لا قلق ولا ضجر حتى لا ينشغل عن متابعة أحداث القضية وسماع حجج المتخاصمين.
- ٣- أن لا يكون غضباناً.

^(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٩/ ٤٠٩٣، وما بعدها.

- ٤- أن يسوي بين الخصمين في الجلوس والقيام دون تمييز.
- ٥- أن يسوي بينهما في المعاملة والشدة واللين.
- ٦- أن لا يسمع من احدهما ما يسره اليه دون علم الآخر.
- ٧- أن لا يقبل الهدايا، لأنها رشوة.
- ٨- أن لا يلقن الشهادة ولا يلقن الخصمين.
- ٩- التأكد من عدالة الشهود.
- ١٠- ان يتخذ كاتباً لتسجيل الدعاوي والبيّنات والقرارات.
- ١١- ان يجلس معه جماعة من أهل الفقه يشاورهم ويستعين برأيهم فيما يجهله من الأحكام.
- ١٢- أن يكون له ترجمان لجواز أن يحضر مجلس القضاء من لا يعرف القاضي لغته من المدعي والمدعى عليه والشهود.

المبحث الثاني وسائل الإثبات

ميدان وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي أوسع بكثير مما هو في الفقه الغربي والقانون الوضعي، لأن الأساس في نظر هذا الفقه، فيما عدا جرائم الحدود والقصاص، هو فراسة القاضي وقناعته.

ولذلك فإن طرق الإثبات في الفقه الإسلامي كثيرة متنوعة وقد بحث منها ابن القيم الجوزية في كتابه (الطرق الحكمية في السياسة الشرعية)، خمساً وعشرين طريقة، وضاف إليها ابن فرحون طرقاً أخرى في كتابه (تبصرة الحكماء في أصول الأقضية ومناهج الأحكام).

والى جانب ذلك فإن الفقه الإسلامي يتميز من الفقه الغربي والقانون بدقة التفريد وتقسيم الحقوق التي يطالب بها أمام القضاء الى حقوق الله المحضة ويقابلها في القانون الحقوق العامة. والى حقوق الفرد ويقابلها الحقوق الخاصة ثم قسم كل منهما الى أنواع من حيث الأهمية والخطورة، فهناك حق يثبت بدليل من وسائل الإثبات ولا يثبت بدليل آخر منها، وهناك دليل يصلح لإثبات حق ولا يصلح لحق آخر، وهذا المطلب يتضمن نماذج من هذه الحقوق وأدلة الإثبات.

الحقوق:

قال فقهاء المسلمين^(١): الحقوق باعتبار ما يقبل فيها من الشهود قسمان: حق الله (الحق العام) وحق الادمي (الحق الخاص).

^(١) لمزيد من التفصيل راجع البدائع للكاساني، المرجع السابق/٩/٤٠٩٣ وما بعدها.

حقوق الله ثلاثة أنواع:

- ١- حق لا يقبل فيه الا شاهدان ذكران وهو ما لا يقصد منه المال (أي لا يتعلق بالقضايا المالية) ويطلع عليه الرجال غالباً كطلاق ونكاح وقتل عمد وحدود، باستثناء جريمة الزنا.
- ٢- حق يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وشاهد واحد ويمين وهو ما كان القصد منه المال فقط دون غيره.
- ٣- حق يثبت يشهادة النساء وهو ما لا يطلع عليه الا النساء غالباً كالولادة والحيض، والبكارة، والعيوب النسائية التناسلية.
- ٤- حق لا يثبت الا بأربعة شهداء وهو حق إثبات جريمة الزنى لتطبيق عقوبتها.

أدلة الاثبات:

قلنا إن أدلة الاثبات في الفقه الإسلامي كثيرة، لأن الغرض منها اقتناع القاضي باستثناء جرائم الحدود والقصاص فهي لا تثبت الا بالبينة القاطعة بما يؤدي الى تحقيق الظن الغالب للقاضي.

ولا مجال في هذه المرحلة الدراسية لاستعراض جميع هذه الأدلة ونكتفي باستعراض بعض منها وهي: (البينة، والاقرار، والقرينة، والخبرة وعلم القاضي، والكتابة، واليمين).

أولاً: الشهادة:

وهي لغة: قول صادر عن علم حاصل من المشاهدة (المعاينة). وشرعاً: اخبار يفترض فيه الصدق لاثبات حق في مجلس القاضي.

حجية الشهادة: الشهادة حجة شرعية ثابتة بالقرآن والسنة والاجماع.

أ- القرآن: قال تعالى: ﴿...وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ...^(١)﴾. ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ...^(٢)﴾ ﴿...وَأَشْهِدُوا إِذَا

^(١) سورة الطلاق / ٢.

^(٢) سورة البقرة / ٢٨٢.

تَبَايَعْتُمْ...^(١) ﴿

ب- السنة: قال النبي (ﷺ): (الاخبركم بخير الشهداء؟ هو الذي يأتي بالشهادة قبل ان يسألها)^(٢) .

ج- الاجماع: اجمع فقهاء المسلمين على ان الشهادة حجة ملزمة للقاضي اذا توفرت فيها شروط الصحة.

حكم الشهادة: هي واجبة على الشاهد اذا طلب منه اداؤها لقوله تعالى: ﴿...وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ...﴾^(٣) .

شروط الشهادة: اختلف الفقهاء في تحديد الشروط المطلوب توافرها في الشاهد واهمها:

أ- ان يكون بالغا عاقلا.

ب- وان يكون عادلا (أي غير فاسق).

ج- وان يكون عالما بالمشهود به وقت الاداء..

نصاب الشهادة: يختلف نصاب الشهادة باختلاف الحق المدعي به كما يلي:

١- اربعة شهود في جريمة الزنا لقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نُسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ...﴾^(٤) . ولان جريمة الزنا تمس سمعة العائلة فشدد الإسلام على ثبوتها.

٢- شاهدان في جرائم الحدود - باستثناء الزنا - وجرائم القصاص وفي القضايا الاخرى غير المالية كالزواج والطلاق والرجعة..^(٥)

٣- رجل وامرأتان في المعاملات المالية والقتل الموجب للدية. واعتبار المرأتين رجلا واحداً في الشهادة ليس تنقيصا لمكانتها وانما لانها بحكم كثرة

^(١) نفس الآية

^(٢) رواه مسلم. سبل السلام ١٦٦/٤.

^(٣) سورة البقرة / ٢٨٣.

^(٤) سورة النساء / ١٥.

^(٥) في المذهب (٣٣٣/٢) (وما ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال كالزواج والطلاق والرجعة والوكالة والوديعه وقتل: العمد واحد سوى الزنا لا يشبث الا بشاهدين ذكرين لقوله صلى الله عليه وسلم (الانكاح الابولي وشاهدي عدل).

التزاماتها البيئية وغير البيئية معرضة للنسيان فاذا نسيت احدهما تذكرها الاخرى كما نص على ذلك القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى...﴾^(١).

٤- شاهد ويمين في القضايا المالية والحكم يثبت بالشاهد وحده واليمين تقوية وتوكيد^(٢).

٥- رجل واحد في المعاملات المالية اذا عرف القاضي صدقه. وامرأة واحدة في القضايا النسائية^(٣).

حكم الشهادة على الشهادة: تجوز الشهادة على الشهادة اذا توفرت الشروط الاتية:

١- بقاء اهلية الشاهد الاصلي الى لحظة انتهاء شهادة الشاهد الفرعي.

٢- ان تتعذر شهادة الاصل امام القضاء لمرض او تغييب او كبر.

٣- عدم انكار الاصل تحميل الشهادة للشاهد الفرعي.

٤- توفر شروط الشهادة في الشاهد الفرعي كالاصلي^(٤).

ثانياً: الاقرار:

الاقرار إقرار المدعى عليه بكل او بعض المدعى به امام القضاء..

وهو حجة ملزمة بالقرآن والسنة والاجماع.

أ- القرآن: قال تعالى: ﴿...وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً...﴾^(٥).

(١) سورة البقرة / ٢٨٢

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص ٦.

(٣) الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص ٦٧.

(٤) نظرية الاثبات في الفقه الجنائي الاسلامي للدكتور احمد فتحي بهنسي/ص ١٢٧.

(٥) البقرة ٢٨٢

- ب- السنة النبوية: قضى رسول الله (ﷺ) بعقوبة جريمة الزنا وتنفيذها بناء على اقرار الجاني اربع مرات امامه. كما في قضية (ماعز).
- ج- اجمع فقهاء المسلمين على ان المرء مأخوذ باقراره اذا توفرت شروطه.
- شروط الاقرار: يشترط لعمل القاضي بالاقرار توفر الشروط الاتية:-
- ١- ان يكون المقر بالغاً عاقلاً.
 - ٢- ان يكون الاقرار خالياً من كل عيب من عيوب الارادة كالاكراه والسكر.
 - ٣- ان يكون امام القضاء..

ثالثاً: القرينة:

حجية القرينة وردت في القرآن الكريم وعمل بها الخلفاء الراشدون وائمة الفقه.

القرآن الكريم: قال تعالى في قصة يوسف (عليه السلام): ﴿قَالَ هِيَ رَاوَدْتَنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِّنْ قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، وَإِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِّنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ، فَلَمَّا رَأَىٰ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِّنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِّنْ كِيدِ كُنَّ إِن كِيدُكُنَّ عَظِيمٌ^(١)﴾.

وجه الاستدلال بالآية هو انه قد تم التوصل بقرينة قد القميص من دبر الى تمييز الصادق منها من الكاذب وهذا من باب الحكم بالقرائن وشواهد الحال.

وقد قضى عمر ابن الخطاب رضي الله عنه بعقوبة الزنا على امرأة حامل ولم يكن لها الزوج^(٢).

رابعاً: الخبرة:

الحبير هو من له الدراية الخاصة في مجال من المجالات وقال فقهاء المسلمين: للقاضي الاستعانة بالخبراء للاستهداء بأرائهم والحكم في ضوء ذلك. والدليل على حجية الخبرة:-

١- القرآن في قوله تعالى: ﴿...فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ^(٣)﴾

^(١) سورة يوسف / ٢٦، ٢٧، ٢٨.

^(٢) الطرق الحكمية المرجع السابق / ص ٩.

^(٣) سورة الانبياء / ٧.

ب- قول الرسول (ﷺ) لآحد اصحابه سآله عن اللقطة (اعرف عفاصها^(١) ووكأها^(٢) ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والافشائك بها^(٣)).

خامسا: الكتابة:

والدليل على حجبة الكتابة قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ^(٤)﴾. وهذا يدل على انه اذا حصل الخلاف في اصل الدين او مقداره او اجله او غير ذلك يعمل القاضي بما هو مثبت في كتاب كاتب العدل.

سادسا: اليمين:

والدليل على حجبيته قول الرسول (ﷺ) (البينة على المدعي واليمين على من انكر) والقاضي يعمل بيمين المدعي عليه في حالة النكول. والنكول ليس بينة على المدعى عليه ولا اقرارا من المدعى بل هو حجة ضعيفة فلا يعتبر دليلاً لكن اذا حلف المدعي عليه قوى جانبه. فالنكول من المدعى واليمين من المدعى عليه بمثابة شاهدين^(٥).

سابعا: علم القاضي:

اختلف فقهاء المسلمين في ذلك على التفصيل الآتي:
قال الجمهور: ليس للقاضي ان يحكم بناء على علمه فقط بالقضية المعروضة امامه لان الرسول (ﷺ) قال: (انما انا بشر وانكم تقتضون الى ولعل بعضهم ان يكون الحن بحجته من البعض فأقضى له على فهو ماسمع منه) .

(١) اي وعاءها.

(٢) مايربط به

(٣) سبل السلام / ٣ / ١٢٣.

(٤) سورة البقرة / ٢٨٢.

(٥) الطرق الحكيمة، المرجع السابق، ص ١١٦.

فقالوا: هذا يدل على أن القاضي لا يحكم إلا بما يسمع لا بما يعلم عن طريق
المشاهدة^(١).

وقال البعض ومنهم أبو يوسف (رحمه الله)، يجوز للقاضي أن يحكم بناء على علمه
بدليل أن النبي (ﷺ) لما قالت له هند زوجة أبي سفيان (أن أبا سفيان رجل شحيح
لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي، قال: خذي ما يكفيك وولئك بالمعروف).
فحكم لها من غير بينة ولا إقرار من المدعى عليه وذلك بناء على علمه بصدقها.
والمعتمد هو ما ذهب إليه أبو حنيفة (رحمه الله) من أن ما كان من حقوق الله لا
يحكم فيه القاضي بعلمه لأن حقوق الله مبنية على المساهلة والمساغة.

(١) انظر المفني لابن قدامة، ٥٤/٩.



الفصل الحادي عشر

شرح نماذج من القواعد الفقهية الكلية

القاعدة: لغة: أساس الشيء^(١).

واصطلاحاً: هي الحكم الكلي الذي ينطبق على جميع جزئياته لتعرف أحكامها منه. وعلى سبيل المثال: إن قاعدة (العقد الباطل لا يترتب عليه أثر) حكم كلي ينطبق على كل عقد معين من العقود الباطلة فيقال: هذا العقد لا يترتب عليه الآثار لأنه باطل. وتلك الاجارة لا تترتب عليها الآثار لأنها باطلة وهكذا.

ولفن القواعد أهمية كبيرة في تدريب الإنسان على التفكير في مدارك الأحكام وأصول الفروع. كما أنه ضروري بالنسبة لفقهه لا تنحصر مسائله. ولا تضبط فروعه. الا بضوابط القواعد. وبصورة خاصة أنه مفيد للقانونيين في تدريب عقولهم على كيفية استنباط الأحكام من نصوصها وفي إيجاد الحلول للقضايا التي لم يرد بها نص صريح عن طريق القواعد الكلية.

وقد اهتم كثير من الفقهاء المسلمين القدامى بدراسة القواعد لأهميتها في المجالين العلمي والتطبيقي. وقد قيض للفقه الإسلامي طائفة من اعلام العلماء المتأخرين فافردوا القواعد الكلية والعامة بالبحث والدراسة فالفوا فيها كتباً مستقلة. ومن ابرز هؤلاء: الحافظ ابو الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى (٧٩٥هـ) وقد ألف كتاب (القواعد) في الفقه الحنبلي. والزرکشي (بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي)

^(١) قال في الصحاح: قواعد البيت اساسه، الواحد قاعدة ٧٤/٢، وفي القاموس المحيط للفيروز ابادي: قواعد الهدرج خشبات أربع تحته ركب فيهن ٢٤٠/١.

(٧٤٥-٧٩٤هـ): (المنشور في القواعد). والسيوطي (جلال الدين عبدالرحمن) المتوفي (٩١١هـ) الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية وهو يكاد يبحث في قواعد الفقه بطريقة مجردة عن التقيد بمذهبه والمحقق زين العابدين بن ابراهيم بن محمد بن بكر الشهير بابن نعيم المصري المتوفي (٩٧٠هـ) وقد ألف في القواعد كتاب الفوائد الزينية في فقه الحنفية.

القواعد وما يترتب عليها من الاحكام

١- القاعدة: (اليقين لا يزول بالشك) ^(١):

اليقين: عرفه علماء المنطق بأنه الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع ويسمى (علما) فإن لم يكن مطابقا للواقع يسمى (جهلا مركبا) وان لم يكن ثابتا يسمى تقليدا وان لم يكن جازما يسمى (ظنا) فالظن هو الطرف الراجح لتصوير الإنسان وطرفه المرجوح يسمى (وهما).

والشك: هو التصور المتردد بين وجود الشيء وعدمه دون ان يكون لدى المتصور دليل يرجح أحد الجانبين على الآخر.

والقاضي غير ملزم بأن لا يعمل الا باليقين بل يكفي أن يحكم على المدعي عليه، أو يرد الدعوى اذا حصل لديه الظن الغالب بما يوجب حكمه ولكن لا يجوز له بأي حال من الاحوال ان يحكم بالشك.

وتترتب على هذه القاعدة احكام منها:

أ- اذا فقد شخص بحيث لم يعرف مصيره من الحياة والمائة يصبح وفاته مشكوكا فيه وكانت حياته قبل الفقد يقينية. واليقين الذي هو بقاؤه على قيد الحياة استصحابا لما قبل الفقد لا يزول بالشك الذي حصل في وفاته بعده.

وبناء على ذلك لا يجوز لورثته توزيع تركته ولا لزوجه التزوج من آخر الا بعد معرفة مصيره بالرجوع أو بثبوت وفاته بالبيينة، فإن لم يعرف هذا المصير الى

^(١) السيوطي بالاشباه والنظائر طبعة عيسى البابي ٥٩٠هـ، ابن نعيم، الاشباه والنظائر دار الطباعة العامرة ٨٤/١/مجلة الاحكام العدلية المادة (٤).

أن يمضي على اعلان فقده أربع سنوات، ان فقد في ظروف طبيعية أو يمضي على اعلان فقده سنتان ان فقد في ظروف غير طبيعية واستثنائية كظروف الحرب والفيضان وانتشار الوباء والزلازل. .. فعندئذ لصاحب العلاقة والمصلحة ان يرفع الدعوى الى القاضي ويطلب الحكم بوفاته وللقاضي ان يحكم بذلك بعد الاستفسار عن مصيره من طرق وسائل الاعلام وبعد اليأس من معرفة حياته أو مماته. ويستحق تركته الورثة الموجودون والباقون حين الحكم بالوفاة ان لم يكن الحكم مسنداً الى تاريخ سابق استناداً الى بينة على وفاته قبل الحكم. وكذلك الامر بالنسبة لزوجته فهي تعتد عدة الوفاة من تاريخ الحكم بالوفاة ان لم يكن مسنداً الى تاريخ سابق.

ب- اذا شك شخص في كونه مديناً لآخر بمبلغ فدفن له مبلغاً بناء على هذا الشك فإنه يكون دفناً لغیر المستحق، واثراً بلاسبب فيجب على القابض رده ان لم يتمكن من اثبات المديونية بدليل معتبر لأن الاصل براءة الذمة وهذا الاصل ثابت باليقين فلا يزول بالشك الطاريء.^(١)

٢- القاعدة (الاصل بقاء ماكان على ماكان):^(٢)

اي اذا ثبت حكم بدليل شرعي فالأصل ان يبقى هذا الحكم على ما كان عليه سابقاً الى ان يثبت خلاف ذلك لأن البقاء هو الاصل وأن العدم طاريء فيكون الاصل هو المعول عليه للحكم بمقتضاه ولا يؤخذ الاحتمال بنظر الاعتبار لذلك.

الأحكام للتقبة على هذه القاعدة:

ويتفرع عن هذه عدة أحكام فرعية منها ماييلي:-

١- اذا ادعى المدين وفاء دينه وايصاله الى دائنه وانكر الدائن ذلك ولم يكن للمدعي دليل ثابت يعتمد عليه فيصدق الدائن باليمين ولا يطالب بالبينة لان

^(١) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام ٢٠/١

^(٢) ابن نجيم، الاشباه والنظائر، المجلة، المادة (٥).

الدين ثبت تعلقه بذمة المدين سابقاً والاصل بقاء ما كان ثابتاً على ما كان عليه حتى يثبت خلاف ذلك بالبينّة أو باعتراف المدعى عليه بصحة الدعوى.

ب- اذا ادعت امرأة متزوجة سابقاً أمام القضاء ان زوجها قد طلقها (او توفى) وانقضت عدتها فطالبت بتزويجها من اختارته شريكاً لحياتها، فلا يجوز للقاضي استجابة هذا الطلب بل عليه رد الدعوى بمقتضى قاعدة (الاصل بقاء ما كان على ما كان) ما لم تثبت الزوجة المدعية ان زوجها قد طلقها وانتهت عدة الطلاق او انه توفى وانتهت عدة الوفاة فبعد هذا الثبوت يجوز للقاضي ان يوافق على تزويجها من زوج آخر^(١).

٣- القاعدة (الاصل في الصفات العارضة العدم): (٢)

صفات الاشياء تنقسم الى نوعين:

النوع الاول: الصفات الاصلية: وهي التي تقارن بوصفاتها في الوجود وتعبير آخر هي الحالات التي تعتبر موجودة عند وجود ذات الموصوف كسلامة المبيع من العيوب وكون العين المستأجرة منتفعابها خلال فترة الاجارة.

النوع الثاني: الصفات العارضة: وهي الصفات التي لا تكون مقترنة بموصوفاتها في الوجود بل تطرأ بعد تحقق الموصوفات اي حسب الحالات التي تعرض على الشيء بعد وجوده كحصول الربح في رأس مال الشركة وحصول عيب في السيارة بعد استعمالها.

الاحكام المترتبة على هذه القاعدة:

وتختلف احكام هذين النوعين من الصفات كالاتي:

١- الاصل في الصفات الاصلية الوجود، وعلى مدعي خلاف ذلك البينة ويرتّب على هذا الاصل احكام منها: -

^(١) الاستاذ منير القاضي / شرح المجلة / ٥٨ / ١.

^(٢) ابن نعيم ، الاشباه والنظائر ، ٩٢ / ١.

أ- اذا ادعى المشتري ان في المبيع عيباً قديماً وطلب فسخ البيع لحيار العيب وانكر البائع عيباً قديماً سابقاً على البيع او القبض فعلى المشتري البينة لأن السلامة من العيب من الصفات الاصلية والاصل فيها الوجود والعيب من الصفات العارضة فالاصل فيها العدم

ب- اذا طلب المؤجر الاجرة وامتنع المستأجر عن ذلك بحجة انه لم ينتفع بالمال المستأجر لانه كان غير صالح للانتفاع به خلال فترة الاجارة فعليه اثبات ذلك بالبينة لانه يدعي خلاف الاصل الذي هو كون المال المستأجر منتفعاً به.

٢- الاصل في الصفات العارضة العدم فعلى من يدعي وجودها البينة وينبغي على هذا الاصل احكام منها:

أ- لو طلب البائع المشتري بالثمن فادعى المشتري انه لم يقبض المبيع بعد وادعى البائع انه قد قبضه فالقول للمشتري وعلى البائع البينة لان القبض صفة عارضة والاصل فيها العدم.

ب- لو اشترى شخص بقرة ثم طلب بفسخ العقد لكونها غير حلوب وهو يدعي انه قد اشترها بهذا الشرط وانكر البائع إقتران البيع به، يصدق البائع لان الشرط المذكور صفة عارضة والاصل فيها العدم^(١).

٤ - القاعدة (الاصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته):^(٢)

والمراد بالاحداث هو الشيء الذي لم يكن موجوداً ثم وجد فاذا اختلف في زمان وقوعه وسببه فما لم تثبت نسبته الى الزمان القديم ينسب الى الزمان الاقرب منه، لأن وجوده في الزمن البعيد مشكوك فيه، ووجوده في اقرب الاوقات متيقن، لأن من يزعم حدوثه في الزمن البعيد لا ينكر وجوده في الزمن القريب.

^(١) وكذا يصدق الشريك او المضارب اذا ادعى انه لم يربح لان الاصل عدم الربح لكونه صفة عارضة وكذا لو قال لم اربح الاكاذ لان الاصل عدم الزيادة. ابن نجيم ، الاشياء والنظائر ٩٣/١.

^(٢) ابن نجيم ، المرجع السابق ٩٥ / ١ .

الأحكام للترتبة على هذه القاعدة:

ويرتّب على هذه القاعدة أحكام منها:

أ - إذا ادعت زوجة المتوفي المطلق أن زوجها قد طلقها طلاقاً بائناً في مرض موته ولذلك كان طلاق فار، وأنها لا تزال في العدة فهي تستحق الميراث وفق ما استقر عليه رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، ولكن ادعى ورثة الزوج أن الطلاق قد وقع في حالة صحة الزوج لا في مرض الموت وليس الطلاق طلاق فار فلا تستحق هي الإرث: فالقول في هذه المسألة قول الزوجة، وعلى الورثة البينة لأن الطلاق حادث وجد بعد أن لم يكن والحادث ينسب إلى أقرب أوقاته وهو وقت مرض الوفاة^(١).

ب- إذا ادعى من له خيار الشرط في البيع بأنه كان قد فسخ العقد خلال مدة الخيار، وادعى الآخر أن الفسخ قد جرى بعد انتهاء مدة الخيار فالقول قوله لأن الفسخ حادث وهو يضاف إلى أقرب الأوقات فيعتبر أنه قد تم بعد مضي مدة الخيار فعلى مدعي خلاف ذلك إثباته بالبينة^(٢).

ج- إذا ادعى الورثة أن تبرعات مورثهم كانت في مرض موته فهي خاضعة لأحكام الوصية، فلا تجوز إلا في حدود ثلث التركة وادعى المتبرع له بأنها كانت وقت الصحة فلا تقض لأحكام الوصية يصدق الورثة بناء على قاعدة إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته. وعلى المتبرع له إثبات مدعاه بالبينة فإن لم يستطع تعتبر التبرعات خاضعة لأحكام الوصية^(٣).

(١) علي حيدر، درر الأحكام ١/ ٢٥. منير القاضي، المرجع السابق ١/ ٦٨.

(٢) ابن قيم، المرجع السابق.

(٣) قضت محكمة التمييز في قرارها المرقم ٢٥٤ / الهيئة العامة الأولى / ٩٧٣ في ٣ / ٣ - ١٩٧٤ - النشرة القضائية ع ١ ص ٥ ص ١٤٦ - : بأنه يعتبر المصاب بسرطان الكبد مريضاً مرض الموت إذا مات قبل مرور سنة على مرضه بعد أن زادت علته سواء كان صاحب فراش أم لم يكن وإذا كان المريض قد نظم سنداً في فترة مرضه ولم يكن للسند تأريخ ثابت رسمياً فيعتبر منظماً في فترة الموت باعتبار أن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته ويكون إقراره بدين لأحد الورثة في السند المذكور معتبراً من ثلث التركة فقط.

٥- القاعدة (الاضطرار لا يبطل حق الغير)^(١):

الاضطرار هو أن يجبر الإنسان على عمل محظور بحيث يبيح له أن يرتكب العمل المحظور.

والاضطرار نوعان: داخلي (ذاتي) وخارجي:- فالاضطرار الداخلي كالجوع الذي يدفع الجائع الى أكل مال الغير دون اذنه، والاضطرار الخارجي كالاكراه وهو اجبار شخص بغير حق على ان يعمل عملاً دون رضاه.

وقد قسم فقهاء الحنفية الاكراه الى نوعين: ملجيء وغير ملجيء، لأن الاكراه اذا كان بالتهديد بالقتل او بتر احد الاعضاء او بالضرب الذي يخاف فيه تلف النفس او العضو، فهو اكراه ملجيء. وتام واثره انه يعدم الرضا ويفسد الاختيار.

اما اذا كان التهديد بالحبس البسيط او القيد او الضرب الذي لايفضي الى التلف فهو اكراه ناقص (غير ملجيء) وهو يُعَدُّ الرضا، لكن لايفسد به الاختيار لان المكره يستطيع تحمل الأذى المهدد به.

ومنهم من زاد عليه نوعاً ثالثاً وهو الذي لايعدم الرضا ولايفسد الاختيار كأن يهدد بحبس أبيه أو ولده ومايجري مجراه من حبس كل ذي رحم محرم منه^(٢).

واذا نشأ من جراء العمل الذي أباحته الضرورة حق للغير، فإن هذا الحق لا يبطله الاضطرار بل لصاحبه ان يتمسك به، فلو اصاب انسان مال الغير بناء على الاضطرار الذي يبيح له التصرف في ماله، لا تكون الاصابة الناشئة عن هذا الاضطرار سبباً لان يكون المتلف غير ضامن، بل يجب عليه ضمان المال المتلف ايا كان نوع الاتلاف.

الاحكام المترتبة على هذه القاعدة:

وترتب على القاعدة المذكورة أحكام منها:

أ- لو جاع شخص واصبح عرضةً للهلاك، فله الحق في ان يأخذ من طعام الغير ما يسد به حاجته دون اذن صاحبه الا أنه يجب عليه ان يضمن مثل المتلف اذا كان

^(١) مجلة الأحكام العدلية / المادة (٣٣).

^(٢) كشف الاسرار على اصول البزوى ١٥٠٣/٤ تكملة فتح القدير ٢٣٣/٩ ومابعدها.

مثلياً وقيمته اذا كان قيميا ولايتخلص من ذلك الضمان بدافع الاضطراب لان الاضطراب لا يبطل حق الغير.

ب- لو استأجر شخص سفينة لمدة ثلاثة أيام مثلاً لنقل البضائع عن طريق البحر من بلد الى آخر فإذا انقضت مدة الاجارة والسفينة لم تنزل في البحر، فإن الايجار يعتبر مستمرا بحكم الاضطراب الى أن تصل السفينة ساحل البحر. ولكن هذا الاضطراب لا يبطل حق صاحبها من الاجرة عن المدة الزائدة على مدة الاجارة بل له ان يستوفي عنها أجر المثل.

ج- اذا أكره شخص احداً على إتلاف مال الغير فاتفقه المكره (بفتح الراء) فإن صاحب المال لا يبطل حقه بهذا الاكراه، بل له ان يضمن المكره (بكسر الراء) اذا كان الاكراه ملجباً، والّا فيكون الضمان على المتلف المباشر.

د- لو اضطر سائق الى تغيير الاتجاه لوجود طفل امامه في وسط الشارع وادي ذلك الى هدم سياج الدار الواقعة على الشارع فهدمه واتلف حديقته فإن هذا الاضطراب لا يعفيه من الضمان بل يجب عليه دفع التعويض للمتضرر^(١).

٦- القاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان):

ويبدو في بادئ الأمر أن هذه القاعدة تتعارض مع قاعدة الاضطراب لا يبطل حق الغير، لأن عمل المضطر جائز، مع أنه يجب عليه الضمان، ولكن هذا التعارض يدفع بالجمع بين القاعدتين، وذلك لأن هناك نوعين من الجواز الشرعي: احدهما هو الجواز المبني على سبب شرعي أصلي والثاني هو الجواز الشرعي الاستثنائي المبني على العذر والرخصة. فالجواز في حالة الاضطراب هو جواز استثنائي مبني على الرخصة لعذر الضرورة فهذا النوع من الجواز لا ينافي الضمان بل يجب الضمان كما في التطبيقات التي اردناها للقاعدة السابقة الخاصة.

اما الجواز الذي ينافي الضمان فإنه مبني على حق ثابت.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

(١) تكملة فتح القدير ٢٤٣/٩ وما بعدها.

يترتب على هذه القاعدة أحكام منها:-

أ- من حفر بئراً في ملكه الخاص بعيدة عن الطريق العام، فإذا وقع فيها شيء فقتل فإنه لا يكون ضامناً، لأن عمله هذا نابع عن حقه الشرعي في التصرف في ماله واستعمال ملكه الخاص، وليس مبنياً على الاضرار، ولا عدواناً على حق الغير.

ب- للإنسان دفع كل صائل (هجوم وعدوان وقهر) عن نفسه ونفس الغير وعن عرضه وعرض الغير وعن ماله ومال الغير، لقوله تعالى: ﴿...فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ...﴾ ولقول الرسول (ﷺ): (انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً) ونصرة الظالم تكون بمنعه من الظلم وهذا الدفاع هو عمل مشروع بل قال بعض الفقهاء انه واجب وبصورة خاصة في الدفاع عن العرض^(١). فإن لم يندفع الصائل (الهجوم والمعتدي) الا بقتله فقتله لم يضمنه بقصاص ولا دية ولا كفارة.

والدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية وفي القوانين الوضعية عمل مشروع بل ربما يكون واجباً وكل تلف نفسي أو مالي أو عضوي للمعتدي يترتب على هذا الدفاع لا يكون المدافع ضامناً ومسؤولاً مدنياً ولا جنائياً ما لم يتجاوز عن حدود دفاعه.

٧- القاعدة (الحدود تسقط بالشبهات)^(٢):

هذه القاعدة مأخوذة من أقوال الرسول (ﷺ) منها قوله (ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فلأن يخطئ الإمام في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة^(٣)).

^(١) راجع شرح التحرير لشيخ الاسلام زكريا مع حاشية الشرقاوي طبعة دار الكتب ٢/٤٢٠ وما بعدها.

^(٢) ابن قيم الاشياء والنظار ١/١٦١.

^(٣) نيل الاوطار شرح منقلى الاخبار من احاديث سيد الاخيار الإمام محمد بن علي بن عماد الشوكاني ١١٨/٧.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

وترتب على هذه القاعدة أحكام كثيرة منها: -

أ- جريمة الزنا، إذا لم تثبت بأربعة شهود، أو بإقرار الزاني أمام القضاء أربع مرات، وهو بالغ عاقل مختار، تسقط العقوبة المحددة لهذه الجريمة، فيحكم القاضي بالبراءة إذا لم يقتنع عن دليل آخر بثبوت الجريمة، والآفة في هذه الحالة أن يحكم بالعقوبة التعزيرية كالحبس.

ب- إذا حصلت السرقة بين الزوجين، فأقام الموقوف منه الدعوى على السارق، فليس للقاضي أن يحكم بعقوبة القطع وفق قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾، حتى ولو ثبتت الجريمة وتوفرت أركانها وشروطها، وذلك لوجود شبهة الخلل، لأن الزوجين هما شركاء في الحياة شركة المودة والمحبة والمساهمة في حالتي السراء والضراء، وكذلك الحكم في السرقات بين الأصول والفروع وبين الشركاء..

جـ - من تزوج امرأة فاسداً فاسداً مختلفاً فيه (أي في فساده)، كزواج المتعة وزواج الشغار وزواج الخامسة في عدة الرابعة المطلقة طلاقاً بانناً، ثم دخل بها الزوج، سواء كان عالماً بالفساد أم لا، عند جمهور الفقهاء يسقط الحد ويثبت النسب، ويجب على الزوج مهر المثل وعلى الزوجة العدة، ويحكم القاضي بالتفريق بينهما.

أمّا إذا كان الزوج فاسداً فساداً متفقاً عليه، كالجمع بين الاختين، فعندئذ إن كان الدخول حصل مع الجهل بالفساد، يسقط الحد أيضاً وتترتب الآثار المذكورة. أمّا إذا كان مع العلم بالفساد، فالدخول يعتبر جريمة الزنا عند الجمهور^(١) ولا قيام للشبهة ولا تترتب الآثار المذكورة على الدخول.

(١) أي خلافاً لابن حنيفة حيث يعتبر الشبهة موجودة في هذه الحالة أيضاً لوجود العقد صورة.

٨- القاعدة (المشقة تجلب التيسير):

وتعني هذه القاعدة أن الصعوبة التي تصادف الإنسان في أي شيء تكون سببا باعثا على تسهيل وتهوين ذلك الشيء.. وبناء على ذلك يكون العسر أو المشقة سببا للتسهيل في تشريع الأحكام، استثناءً من القواعد العامة، وهذا الاستثناء يطلق عليه لدى الأصوليين اصطلاح (استحسان) وهو مصدر من مصادر الأحكام الفقهية الشرعية، كما يطلق على المستثنى مصطلح (رخصة).

وهذا التسهيل والتغيير من الصعوبة إلى السهولة لرفع المشقة اقره القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿...يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...﴾^(١). وقوله تعالى: ﴿...مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ...﴾^(٢). وبذلك يعتبر العسر سببا من اسباب تخفيف الأحكام التي يكلف بها الإنسان وقد ارجع الفقهاء اعدار التخفيف إلى سبعة وهي: العسر والاكراه والمرض، والسفر، والنسيان، والجهل والنقص المادي أو المعنوي في الإنسان المكلف وهذه الأمور السبعة مرجعها قاعدة (المشقة تجلب التيسير) فالمرجع إذا لم يلاحظ عند التشريع هذه الاعذار السبعة فإن ذلك سيؤدي حتما إلى تكليف المكلفين بما ليس في استطاعتهم.

وإن هذا النهج التعجيزي في الأحكام يرفضه الإسلام رفضا باتاً، لأن من مبادئه دوماً إبعاد العسر والمشقة في أحكامه.

وكذلك المجتهد إذا لم يأخذ بنظر الاعتبار الأمور المذكورة من وسائل التخفيف في اجتهاده عند استنباطه للأحكام من أدلتها التفصيلية، فإن إجهاده هذا قد يسوقه إلى استنباط أحكام تأبأها أسس التشريع الإسلامي، لأن ما يوصله إليه إجهاده قد يكون تكليفا شاقاً.

ومن الجدير بالإشارة إن قاعدة (المشقة تجلب التيسير) تتفق في مضمونها ومغزاها مع قاعدة (إذا ضاق الأمر اتسع)^(٣).

(١) سورة البقرة/١٨٥.

(٢) سورة المائدة/٦.

(٣) المجلة، المادة (١٨) وقد وردت هذه القاعدة بتعبير (الأمر إن ضاق اتسع).

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

ويرتفع عن القاعدة المذكورة أحكام منها:

أ- جواز عقد الإيجار مع أنه مخالف للقواعد العامة، لأن محل العقد هو المنافع وهي معدومة حين العقد، ومن المقرر في القواعد العامة أن بيع المعلوم باطل. غير أن الاجارة جوزت بالنص رعاية لمبدأ (المشقة تجلب التيسير).

ب- من اشترى شيئاً ولم يره، كان له الخيار الى أن يراه إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع، ويقال لهذا الخيار (خيار الرؤية). وسر سقوط خيار الرؤية برؤية نموذج المبيع، يعود الى أنه لو بقي الخيار الى أن يرى المشتري كل المبيع، لتوقف كثير من معاملات البيع، لاسيما في الكميات الكبيرة، وفي الحالات التي يكون فيها المال المبيع في بلد غير بلد المشتري، وأدى ذلك الى عدم استقرار المعاملات وبالتالي الى الخرج والعسر والمشقة.

ج- جواز بيع الوفاء وهو بيع بشرط ان البائع متى رد الثمن، يرد المشتري إليه المبيع، وهو في حكم البيع المجاز بالنظر الى انتفاع المشتري به، وفي حكم البيع الفاسد، بالنظر إلى كون كل من الطرفين قادراً على فسخه، وفي حكم الرهن بالنظر الى أن المشتري لا يقدر على بيعه للغير^(١). وقد اقر المتأخرون من فقهاء الحنفية جواز هذا البيع بناء على رعاية المشقة التي نشأت عن استدانة الناس من ذوي الثروة وعدم موافقتهم على تسليفهم بالمبلغ المطلوب دون أن يحصلوا على الفائدة وبالنظر الى تحريم الربا وبطلان العقد الربوي لجأ هؤلاء الفقهاء الى الافتاء بجواز بيع الوفاء رعاية للقاعدة المذكورة.

د- تشريع الطلاق: قال الرسول (ﷺ) (أبغض الحلال الى الله الطلاق^(٢)).

لقد أقر الإسلام مشروعية الطلاق، على الرغم من أنه أبغض الحلال، وذلك رعاية لمبدأ (المشقة تجلب التيسير)، والطلاق شرّاً لا بد منه لأسباب متعددة منها: عدم الانسجام والتباين والتنافر في طباع رغبات الزوجين، أو تدخل الأقارب في شؤونهما،

(١) المجلة، المادة (١٨).

(٢) رواه ابو داود وابن ماجه وصححه الحاكم وأقره الذهبي وقال انه على شرط مسلم، سبل السلام

أو حدوث الشجار والشقاق المستمر بينهما، أو سوء الحالة الاقتصادية التي هي غالباً تقف في مصاف الأسباب الرئيسة التي تؤدي إلى تقويض الحياة الزوجية أو الخيانة الزوجية. أو فارق السن، أو الاختلاف في المستوى الثقافي والمركز الاجتماعي أو ضعف الوازع الديني أو العقم، أو المرض الذي لا يُستطاع معه القيام بالواجبات الزوجية أو جهل الزوجين وعدم فهمهما للحياة الزوجية وعدم إعطائهما هذه الحياة ما تستحقه من قدسية وكرامة أو غير ذلك من منات أسباب انهيار الكيان الزوجي، ولذلك أبيع الطلاق ليحول دون استمرار المعاناة والمشقة التي تلاقي الزوجين أو أحدهما رفعاً للعسر ودفعاً لليسر المنشود والمنصوص عليه في قوله تعالى: ﴿...يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ...﴾^(١) فلو لم يكن الطلاق حكماً مباحاً للزم بقاء الزوجين على ما يُكنه كلّ منهما تجاه الآخر من بغض وكراهية، ولأكلت الضغينة قلوبهما، وسعي كلّ منهما وراء ألف حيلة وحيلة للخلاص من الآخر.

٩- القاعدة (من استعجل الشئ قبل أوانه عوقب بحرمانه)^(٢)

هذه القاعدة وردت بتعابير أخرى منها (من استعجل ما أخره الشرع يحازي برده) ومنها (من استعجل شيئاً قبل أوانه ولم تكن المصلحة في ثبوته عوقب). الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

ويتفرع عن هذه القاعدة أحكام فقهية فرعية منها:

أ- إذا قُتل شخص مُؤرَّثه، سواء أكان فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهد زور، أدّت شهادته الى الحكم بالإعدام وتنفيذ عقوبة القاتل بالعقوبة المقررة لجريمة القتل أصالة، وبالحرمان من ميراث مقتوله كعقوبة تبعية، لأنه يُتهم في هذه الحالة بان القصد الذي يكنه من وراء إقدامه على هذه الجريمة هو الحصول على تركة القتل، وهذا الحرمان ثابت بنص قوله الرسول (ﷺ) (لا يرث القاتل)،

^(١) سورة البقرة/١٨٥.

^(٢) السيوطي الاشباه والنظائر ص ١٦٩، ابن نعيم، المصدر السابق ١/١٩٠ المجلة المادة (٩٩) وهذه القاعدة لدى السيوطي هكذا (من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه).

ولكن أساس هذا النص والحكمة من حكمه وفلسفة تشريعية القاعدة المذكورة هي حماية أرواح الأبرياء وعدم إعطاء المجال للمجرم يستفيد من جرمته.

ب- من أوصى لآخر بمال فإن المال الموصى به تنتقل ملكيته الى الموصى له بعد وفاة الموصي. فإذا قتل الموصى له الموصي عوقب بعقوبة تبعية وهي حرمانه من الوصية، بالإضافة الى عقوبته الأصلية. وذلك لأن القتل يفسر بأنه استعجل في الحصول على الموصى به لذا عوقب بحرمانه منه.

ج- من طلق زوجته في مرض موته بلا رضاها وبدون تقصير منها يفسر الطلاق بأنه أراد به الزوج حرمان الزوجة من التركة ولذلك سمي (طلاق فار) وقال فقهاء الشريعة بالاجماع، إن الطلاق يقع، ولكنها ترث مع الاختلاف في سقوط هذا الحق بالنسبة للمدة التي تقع بين الطلاق وبين الوفاة.

قال الحنفية^(١)، ترث اذا توفي الزوج وهي لاتزال في العدة.

وقال الحنابلة^(٢)، ترث مالم تتزوج فاذا تزوجت سقط حقها.

وقال الجعفرية^(٣)، ترث مالم تتزوج ومالم تمضي سنة على الطلاق. والاسقط حقها.

وقال المالكية^(٤)، والاباضية^(٥)، ترث مطلقا لبقاء السبب وعدم سقوطه بالتقادم.

وللشافعية^(٦) آراء مختلفة، كل رأي يتفق مع مذهب من هذه المذاهب.

١٠- القاعدة (الاجتهاد لا ينقض بمثله)^(٧):

وتعني هذه القاعدة أن الاجتهاد السابق لا تنقض أحكامه الماضية بالاجتهاد اللاحق، سواء أكان ذلك من قبل المجتهد نفسه، أم من قبل مجتهد آخر. فإذا اجتهد المجتهد في مسألة، فحكم فيها حسب ما أوصله إليه اجتهاده الصحيح، فإن حكمه

(١) المبسوط للسرخسي ١٥٤/٦.

(٢) المغني لأبن قدامة ٣٣٠/٦.

(٣) الكافي للكليني ١٣٢/٦.

(٤) المنتقى شرح موطأ ٨٥/٤.

(٥) شرح النيل وشفاء العليل ١٧٦/٨.

(٦) المهذب لأبي اسحاق ٥٢/٢.

(٧) السيوطي بالمرجع السابق، ص ١١٣.

هذا لا يجوز إبطاله. وذلك لأن الاجتهاد الثاني مثل الأول في القوة والحجية. ولأن جواز ابطال الاجتهاد باجتهاد آخر يؤدي الى تضعف الأحكام واضطراب المعاملات، وعدم استقرار الحقوق، والى إلحاق المشقة والاضرار بأفراد المجتمع والى جانب ذلك فإن الاجماع قد انعقد على مضمون هذه القاعدة. حيث لم يصادف في عصر الصحابة أن ينقض صحابي اجتهاد صحابي آخر. فقد حكم أبو بكر في مسائل كثيرة باجتهاده وخالفه فيها عمر باجتهاده غير أنه لم ينقض حكمه وكذلك الأمر بين بقية فقهاء الصحابة، كما أن واحدا منهم لم ينقض حكمه باجتهاد لاحق.

وقد وافق جميعهم على هذا النهج الفقهي في عدم نقض حكم باجتهاد آخر. ويلاحظ أن هذه القاعدة تتعلق بما يصدره القاضي من الأحكام المبنية على اجتهاده اذا كان مجتهدا أو على اجتهاد أئمة اذا كان مقلدا.

الأحكام للفتنة على هذه القاعدة:

ويرتب عليها أحكام كثيرة منها:

أ- لا يجوز إلغاء الأحكام الباتة التي يصدرها الحاكم من حاكم آخر، كما أنه ليس للحاكم الواحد أن يتراجع في مسألة واحدة عن حكمه السابق فيها، إلا إذا تبين خطؤه بدليل ثابت.

ب- يجوز للحاكم كما يجوز للمجتهد أن يحكم في مسألة ثانية مخالفا لحكمه الأول في المسألة الأولى.

ج- ينقض الحكم المبني على اجتهاده إذا خالف نصاً صريحاً ثابتاً أو إجماعاً أو قياساً جلياً، لأن كلا من هذه الأدلة أقوى من الاجتهاد، وكذلك ينقض حكمه إذا تبين خطؤه كأن حكمه بيينة مزورة ثم تبين ذلك.

١١- القاعدة (الخروج بالضمان):

الحراج: هو الذي يخرج من ملك الإنسان، أي ما ينتج من النتاج وما يفصل من الغلات، كلبن الحيوان ونتاجه، وبديل إيجار العقار، وغلة الأرض وما إليها من منافع المنقولات والعقارات.

والضمان: هو التزام الشخص بالشيء عند هلاكه واعتباره كجزء من ماله، وبناءً على ذلك الضمان هو انشغال الذمة بواجب يطلب الوفاء به إذا توافرات شروطه. وقد يطلق على ما يجب أدائه من مال تعريضاً عن مال فقده فكل من يضمن شيئاً على تقدير تلفه له أن ينتفع به في مقابلة ضمانه عند الهلاك والتلف فانتفاع المرء من الشيء بمقابلة ضمان ذلك الشيء فكما أن ضمانه عليه يكون نفعه راجعاً إليه.

الأحكام للترتبة على هذه القاعدة:

ويرتّب على هذه القاعدة أحكام فقهية فرعية منها:

أ- إذا ردّ المشتري المبيع بخيار العيب وكان قد استعمله مدة، لا تلزمه أجرته، لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله، أي أن خسارته كانت عليه ولم يخسر البائع شيئاً من جراء هذا التلف^(١).

ب- إذا باع مالا بوصف مرغوب فيه فظهر المبيع خالياً عن ذلك الوصف، يكون المشتري مختيراً، إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمى، فإذا اختار الفسخ ورد للمبيع للبائع واسترد الثمن، فليس للبائع حق مطالبة المشتري برد خراج المبيع، أي منافع ونتائجه خلال الفترة الممتدة بين قبض المبيع وبين رده، لأنه لو هلك لهلك على المشتري بصفته ضامناً له فيكون له خراج المبيع مقابل هذا الضمان.

١٢- القاعدة (ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه):

أي أن ما ورد جوازه بالنص على خلاف القياس (أي على خلاف القواعد العامة) فإنه يبقى مقصوراً على موردّه ولا يجوز أن يطبق حكمه على شيء آخر يشبهه ما لم يرد نص بتجوز ذلك الحكم فيه.

^(١) ابن قيم بالمرجع السابق ١/ ١٨٢، المجلة المادة (٨٥).

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

وتترتب على هذه القاعدة أحكام فرعية فقهية كثيرة منها:

أ- لا يجوز بيع ثمار الأشجار قبل ظهورها قياساً على الاستصناع، لأن الاستصناع ثبت على خلاف القياس بنص خاص به، فلا يقاس عليه غيره.

ب- الشفعة ثبتت على خلاف القياس، لأنها تتضمن استملاك شخص ملك غيره جبراً، وهو خلاف الأصل في الشرع، ومبدأ التراضي الثابت بقوله تعالى: ﴿...لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...﴾^(١).

ومادام الأمر كذلك، لا يقاس على الشفعة صورة أخرى من صور التملك بدون التراضي، كما لا يجوز الاعتياض عن الشفعة، لأنها حق مجرد والحقوق المجردة لا يقاس عليها^(٢).

١٣- القاعدة (لا ضرر ولا ضرار)^(٣):

هذه القاعدة ثبتت على لسان رسول الله (ﷺ) ومنطوقها: أنه لا يجوز لأحد أن يضر غيره في ماله أو بدنه أو عرضه أو سمعته. لأن ذلك ظلم والظلم قبيح عقلاً وغير جائز شرعاً وقانوناً وغير سليم منطقياً ومرفوض عرفاً، هذا هو مضمون ومنطوق (لا ضرر)، وأما المراد بـ (لا ضرار) فهو أنه لا يجوز لمن أضره أحد أن يوقع ضرراً على هذا الضرر مقابلة لضرره، بل عليه أن يراجع القضاء ويثبت الضرر والطرف الذي أحدثه ويطلب تعويضه العادل، بحيث يجهز النقص الذي حدث بالضرر، فعندئذ يعود التوازن الاقتصادي إلى ما كان عليه، قبل إحداث الضرر، وإذا سمح لكل من يلحق به الضرر من جراء تصرفات الغير غير المشروعة، أن يقابل ضرره بالخاق الضرر به مقابلة بالمثل، لأدى ذلك إلى الفوضى واختلال النظام، وهذا أيضاً مرفوض شرعاً وقانوناً وعقلاً وعرفاً.

(١) سورة النساء ٢٩/

(٢) منبر القاضي شرح المجلة ٧٤/١ مطبعة العاني، ١٩٤٩.

(٣) رواه أحمد ابن حنبل في مسند السلام ١١٠/٣ وأصبح هذا الحديث الشريف المادة (١٩) من المجلة.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

ترتب على هذه القاعدة أحكام فرعية منها:

- أ- إذا أُلِف أحد مال غيره فليس لصاحب المال المتلف أن يتلف مالا لم يحدث التلف، بل عليه أن يُراجع القضاء لتلافي ضرره بمطالبته القضائية والنظامية.
- ب- إذا كان لأحد حق من حقوق الارتفاق على عقاره، فليس لصاحب العقار أن يمنع من ممارسة هذا الحق، كحق المرور وحق المجرى وحق المسيل وحق الشرب.... لأن في ذلك إلحاق الضرر والضرر دون مبرر مرفوض شرعاً وقانوناً.

١٤- القاعدة (ما حَرُم أخذه حَرُم إعطاؤه^(١)):

أي إذا كان آخذ شيء حراماً ممنوعاً على الناس، فإعطاؤه حرام ممنوع أيضاً، أي أن الحرمة على كل من الآخذ والمعطى فهو ممنوع عليهما فيرتب على التصرف بالمنوع الضمان بالنسبة لكل منهما من الناحية المسؤولية المدنية ويعاقب كل منهما لمساهمة في الجريمة.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

وترتب على هذه القاعدة أحكام فرعية منها:-

- أ- إذا أعطى أحد لآخر رشوة، فإن العقاب يترتب على الآخذ والمعطى ويسألان كلاهما مسؤولية جنائية على حد سواء.
- ب- من زور عملة وأعطاه لآخر لتصريفها في السوق والآخذ يعرف حقيقة التزوير فإن كلا منهما يستحق العقاب.

١٥- القاعدة (المتنع عادة كالمتنع حقيقة^(٢)):

منطوق القاعدة: أن ما كان حسب العادة من الأمور المتنع وقوعها، فإنه يعتبر بحكم المتنع في نفس الامر.

^(١) المجلة المادة (٢٤).

^(٢) المجلة المادة (٢٨).

والواقع بحكم المستحيل وتكون العادة هي المعول عليها في الحكم ولا ينظر فيه الى الإمكان الفعلي.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

وتتفرع عن هذه القاعدة عدة أحكام فرعية منها:

أ- لو ادعى شخص معروف بالفقر أنه قد أقرض فلاناً مبلغاً كبيراً كذا من النقود دفعة واحدة فعلى القاضي أن يرد دعواه، لإمتناع المدعى به عادة وكذلك ترد دعواه، إن قال أن فلاناً قد غصب من أملاكه كذا، أو من أغنامه كذا، لأن المغصوب منه معدوم ولا يملك شيئاً.

ب- إذا أتهم شخص بارتكاب جريمة في مكان وزمان معينين، كأن أتهم بأنه ارتكب جريمة كذا في محافظة بغداد مثلاً يوم ٢٥/٥/١٩٨٧، وكان المتهم في نفس اليوم خارج العراق، أو كان في محافظة أخرى، فإن إدانته بارتكاب هذه الجريمة بمتنعة عادة، وإن كانت ممكنة عقلاً، والممتنع عادة يُعتبر بمثابة الممتنع عقلاً، فعلى القاضي أن يحكم ببرائته من هذه التهمة.

١٦ - القاعدة (لا ينكر تغيير الأحكام بتغير الزمان):

مضمون هذه القاعدة هو أن الأحكام الجزئية في الوقائع اذا كانت مبنية على العرف، أي تتعلق بتنظيم العلاقات الإنسانية من الناحية المالية أو الإدارية أو الثقافية أو الصحية أو الإقتصادية أو العسكرية أو نحو ذلك، فإن هذه الأحكام تتبدل بتبدل الأعراف ومتطلبات الحياة.

أما الأحكام التي تدل عليها النصوص دلالة قطعية، كما في قوله تعالى: ﴿...لِلذِّكْرِ مِثْلُ حَقِّ الْأُنثِيَيْنِ...﴾^(١)، أو الأحكام الاعتقادية كالإيمان بالله وما يتفرع عنه، أو الأحكام المتعلقة بالعبادات كوجوب الصلاة والصيام والزكاة والحج. أو الأحكام الأخلاقية كالصدق والأمانة والإخلاص.

فإن هذه الأحكام لا تقبل التغير بتغير الأزمان، فهي ثابتة غير خاضعة لتطورات الحياة، لأنها تم اقرارها بصورة قطعية من الحكيم العليم بالماضي والحاضر والمستقبل.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

وترتب على هذه القاعدة أحكام منها:

أ- ان بعض الفقهاء كالإمام الشافعي (رحمه الله) اشترط في شاهدي الزواج ان يكونا عدلين، أي لم يصدر عنهما ذنب من الكبائر^(١) ولم يصراً على الصفات، وهذا الحكم ان كان ملائماً لعصر الشافعي، عصر البر والتقوى، فإنه لا يمكن ان ينسجم مع زمن، يعتبر وجود العادل فيه من النادر، ولذلك أفتى المتأخرون من فقهاء بصحة الزواج وإن كان الشاهدان فاسقين.

ب- من الأحكام التي حكم بها فقهاء التابعين لاعتضاء المصلحة العامة تسعير المواد من الطعام وغيره، بعد ان منع ذلك في عهد الرسالة، ففي المدينة المنورة غلا سعر المواد الغذائية، فقال الناس: يا رسول الله، غلا السعر في المدينة، فسعر لنا (أي احكم بتسعير المواد الغذائية الضرورية)، فقال رسول الله (ﷺ): (إن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق، إني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطلبني مظلمة في دم ولا مال^(٢)).

ومنطوق هذا النص من الحديث الشريف يدل على امتناع الرسول (ﷺ) عن تحديد الاسعار، وحتى اعتبر هذا التحديد مظلمة، والسر في ذلك أن ارتفاع الاسعار حينئذ لم يكن لجشع التجار والباعة، وإنما كان ذلك لقلة الانتاج، فكان هذا الارتفاع مبنياً على أساس العرض والطلب، فكان الطلب أكثر من العرض.

هذا ما كان في عهد الرسالة، ولما جاء عهد التابعين تبدلت النفوس ومال الناس الى الجشع والاستغلال وطغت الماديات على المعنويات، فأخذ الناس يبيعون المواد الضرورية والحاجات الاساسية للمستهلكين بأسعار أكثر من قيمتها الحقيقية، ولذلك رأى فقهاء التابعين ومنهم سعيد بن مسيب وربيعة بن عبد الرحمن ويحيى بن سعيد

^(١) الذنوب اما كبائر كالزنا والقتل والغيبة وخيانة الامانة والكذب، وأما من الصفات كالنظر الى غير المحارم من الذكور والاناث وكشف العورة ونحو ذلك.

^(٢) ينظر نيل الاوطار ٢٢/٥ سبل السلام ٢٥/٣.

الانصاري وغيرهم، وجوب تسعير المواد، لأن تلك الظاهرة كانت ظلماً في حق المستهلكين، والظلم يجب رفعه كلما ظهر في أي عصر كان، ومن هنا تغير الحكم السابق في عهد الرسالة وهو عدم التسعير الى الحكم اللاحق في عهد التابعين نتيجة تغير الظروف والنفوس^(١).

١٧- القاعدة (لامساغ للاجتهاد في مورد النص):

مضمون هذه القاعدة هو أنه لا يجوز للمجتهد ولا للقاضي ولا للمفتي أو المشرع أن يجتهد في قضية شرعية ورد النص بحكمها، لأن الاجتهاد إنما يكون فيما لا نص فيه. هذا ظاهر ما يفهم من القاعدة، لكن يجب أن لا يؤخذ بهذا الإطلاق في فهم وتطبيق هذه القاعدة، وذلك لأن النصوص من حيث دلالتها على الأحكام قسامان:

أ- نصوص دلالاتها على الأحكام قطعية: مثل قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ...﴾^(٢). ومثل قول الرسول (ﷺ) (والغنم اذا كانت اربعين الى عشرين ومائة، شاة. واذا زادت على عشرين ومائة الى مائتين، ففيها شاتان). فالنص الأول يدل على عقوبة جريمة الزنا مائة جلدة، دلالة قطعية فلا مجال للاجتهاد لتخفيف أو تشديد هذه العقوبة، كما أن النص الثاني يدل دلالة قطعية على أن كل من يملك العدد المذكور من الأغنام وحال عليه الحول، يجب أن يدفع للمستحقين شاة في العدد الاول وشاتين في العدد الثاني، كزكاة واجبة عليه. فإن هذا النص الذي دلالة قطعية، لا يوجد فيه مجال للاجتهاد.

ب- نصوص دلالاتها على الأحكام ظنية: واذا كانت دلالة النص على الحكم دلالة ظنية بأن يحتمل أكثر من معنى واحد أو يدل على أكثر من حكم واحد، فعندئذ يجب الاجتهاد للوصول الى المعنى المقصود من النص. وعلى سبيل المثال

^(١) ينظر مؤلفنا فلسفة الشريعة، ص ١٧٧ ومابعدا.

^(٢) سورة النور ٣/

قال القرآن الكريم ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَيْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ...﴾^(١)، والقرء لفظ مشترك بين الطهر والحيض، فلا يمكن أن يُراد به المعنيان معاً لأنهما متضادان، فيجب المصير إما إلى الأخذ بالطهر، كما قال بعض الفقهاء، أو إلى الأخذ بالحيض كما هو مذهب الفقهاء الآخرين، وكلّ وصل إلى المعنى الذي أخذ به واقتنع أنه المقصود من النص عن طريق الاجتهاد.

وبعد هذا الايضاح يكون معنى القاعدة هكذا: لا يجوز الاجتهاد للوصول الى حكم مسالة مادام هناك نص يدل على حكمها دلالة قطعية، أمّا اذا كانت دلالة النص ظنية فيجوز الاجتهاد بل يجب لتحديد المعنى المقصود والحكم المراد منه.

١٨- القاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)^(٢):

مضمونها: أي الأمور المعتادة بين الناس والمعروفة بينهم في المعاملات، تعتبر كأنها مشروطة عند إجرائها، فإذا جرى عقد على شئ مثلاً وكانت هنالك التزامات بالنسبة لطرفي العقد يفرضها العرف، فيجب تنفيذها، لأنها مادام العرف يقرها فتعتبر كأنها مشروطة صراحة في العقد.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

تترتب على هذه القاعدة أحكام، منها:

أ- إذا استعمل أحد مال غيره المعدّ للاستغلال، فعليه أجر المثل، لأنّ المعروف أنّ المعدّ للاستغلال لا يُستعمل إلاّ بأجرة^(٣).

ب- إذا باع شخص كمية من الحبوب لآخر في غير بلده، فإن كان العرف يقضي بأن اجرة النقل على المشتري ولم يتفق المتعاقدان حين انشاء العقد على ذلك، فيجب العمل بما يحدده العرف، لأنه بمثابة الشرط، فكما أن الشرط المقتن بالعقد يجب

^(١) سورة البقرة / ٢٢٨

^(٢) المجلد (٤٣) .

^(٣) منقول القاضى المرجع: السابق ١٠٦/١.

الوفاء به اذا لم يتعارض مع مقتضى العقد فكذلك يجب العمل بمقتضى العرف والوفاء بالالتزام الذي يفرضه علي أحد الطرفين من المتعاقدين.

١٩- القاعدة (اذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع^(١)):

مضمون هذه القاعدة هو انه اذا تعارض امران احدهما سبب يقتضى اعتبار عمل والثاني مانع يقتضى عدم اعتباره، فيرجح المانع على المقتضي، لأن السبب لا يترتب عليه الأحكام ما لم تتوفر شروطه وتنتفى موانعه.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

يتفرع عن هذه القاعدة أحكام فرعية منها:

أ- اذا باع المدين الراهن المال المرهون المحبوس لدى الدائن المرتهن، لا ينفذ العقد بل يكون موقوفاً على إجازة الدائن المرتهن لتعلق حقه به، ولو اعتبر نافذاً لزال الحبس الذي هو من أحكام الرهن، فملكية المدين للمرهون سبب مقتضى لجواز ونفاذ التصرف فيه، وتعلق حق الدائن به مانع من نفاذه في الفقه الإسلامي، فيقدم المانع على المقتضى.

و من الجدير بالإشارة أنّ الرهن مانع في الفقه الإسلامي، ولكن في القانون وفي الفقه الغربي لا يعتبر مانعاً من نفاذ التصرف.

ب- بعد الوفاة تنتقل تركة المتوفى الى ورثته عند اكثر الفقهاء فى حالة كونها مدينة ولكن الدين مانع من نفاذ تصرفهم فى هذه التركة فقبل تسديد الديون من قبل الورثة، أو من قبل غيرهم، أو قبل إذن الدائنين، أو تنازلهم عن الدين، كل تصرف للورثة فى التركة ينعقد، لكنه موقوف على إجازة الدائنين أو تسديد الديون منها، وملكية التركة للورثة السبب المقتضى لنفاذ تصرفهم، ولكن الدين المتعلق بالتركة مانع من نفاذه فيقدم المانع على المقتضى فاذا رفض الدائنون التصرف بطل.

٢٠- القاعدة (التبرع لا يتم الا بالقبض^(١)):

مضمون القاعدة: أن كل عطاء دون مقابل لا يتم نقل ملكية المتبرع به من المتبرع الى المتبرع له، الا بعد قبضه.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

و تترتب على القاعدة أحكام منها:

أ- اذا وهب شخص لآخر مالاً منقولاً، فإن الموهوب لا يصبح ملكاً للموهوب له ملكية تامة الا بعد قبضه.

ب- لو أعار شخص مالاً لآخر لا يصبح المستعير مالكاً لمنفعة المال المعار الا بعد قبضه.

ج- لو أقرض شخص مبلغاً لآخر لا يحق للمقرض التصرف فيه الا بعد قبضه

د- لو رهن شخص مالاً منقولاً رهناً حيازياً لا يحق للدائن المرتهن بيعه لاستيفاء دينه من ثمنه بعد حلول أجله والامتناع عن الوفاء الا بعد قبضه.

رَبِّ زَكْنِي عِلْماً وَالْحَقْنِي بِالصَّالِحِينَ

^(١)المجلة المادة (٥٧).